

مَجَلَّةُ الْحُقُوقِ

لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ وَالْاِقْضَائِيَّةِ

تصدرها

كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المنعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطانة

السنة الحادية عشرة (١٩٦٦ - ١٩٦٧)

العددان الأول والثاني

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٦٣

لجنة التحرير

- ١ - الأستاذ الدكتور أنور سلطان (عميد الكلية)
- ٢ - الأستاذ الدكتور محمود رياض عطيه (وكيل الكلية)
- ٣ - الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا
- ٤ - الأستاذ الدكتور علي صادق أبو هيف
- ٥ - الأستاذ الدكتور عمر ممدوح مصطفى

مَجَلَّةُ الْحُقُوقِ

لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ وَالْاِقْضَائِيَّةِ

تصدرها

كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطانة

السنة الحادية عشرة (١٩٦١ - ١٩٦٢)
العددان الأول والثاني

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٦٢

الفهرس

صفحة

مصادر الأحكام الدستورية في الشريعة الإسلامية

الدكتور عبد الحميد متولى ١

الاختصاص والاجراءات في منازعات ايجار الأماكن والأراضي
الزراعية

الدكتور أحمد أبو الوفا ٢٢٧

مصادر الأحكام الدستورية في الشريعة الإسلامية

(في العصر الحديث)

بقلم

الدكتور عبد الحميد منولى

أستاذ القانون الدستورى والأنظمة السياسية

بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

مقدمة عامة

الشيخ العلمي للبحث - نجد الكثيرين من المؤلفين حين يتصدون للدراسة النظام السياسي (أو نظام الحكم) في الإسلام لا يمهّدون لتلك الدراسة بأن يبحثوا أولاً المبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، كما نجد الذين يتصدون منهم للدراسة هذه المبادئ لا يمهّدون لدراستها بالبحث أولاً عن مصادر هذه المبادئ في الشريعة، أي عن "أدلة الأحكام الشرعية" كما يطلق عليها عادة لدى الكثير من علماء الشريعة. إن دراسة هذه المصادر - فيما أعتقد - يجب أن تكون نقطة البداية لكل بحث علمي جدي بصدد النظام السياسي الإسلامي أو بصدد المبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية :

(أولاً) لأن كثيراً من أوجه الخلاف بين الباحثين بصدد ذلك النظام أو هذه المبادئ إنما يرجع كلها في الواقع إلى أنهم يختلفون - من حيث هم أحياناً لا يشعرون - حول مصادر أحكام تلك المبادئ الدستورية، كما أن هذا الخلاف في جوهره وفي الواقع من أمره إنما يرجع إلى أنهم لم يعنوا بأمر الدراسة العلمية الجدية لتلك المصادر، ولو أنهم عنوا بأمرها لزال الكثير من وجوه الخلاف، ولربما نجا العالم الإسلامي كذلك من غير القليل من الفتن والحروب التي أثارها تلك الخلافات الدستورية (١).

(١) «فانحلاف» التي نشأ مثلاً بين الإمام علي بن أبي طالب ومعاوية إنما كان في جوهره خلافاً حول مسألة دستورية هي: من لم حق اختيار الخليفة؟ هل هم أهل المدينة وحدهم، أم حق الاختيار للمسلمين عامة؟ وقد نجم عن هذا الخلاف أن ظهرت فرق مذهبية مختلفة هم «الخوارج» و«الشعة» وغيرهم، ونجم عن ظهور الخوارج قيام حروب بينهم وبين الإمام علي أولاً، وبينهم وبين الأمويين ثانياً، ونجم عن ظهور الشعة حروب انتهت بقيام الدولة العباسية. راجع في ذلك مؤلف الأستاذ محمد أبو زهرة (أستاذ الشريعة الإسلامية سابقاً) بكلية الحقوق بجامعة القاهرة): «المذاهب الإسلامية» (طبعة ١٩٥٨ ص ٢٣، ٢٤)

(ثانياً) لأن الشريعة الاسامية وان كانت تمتاز على غيرها من الشرائع بأن مصادرها قد عني ببحثها علماؤها قبل غيرهم من علماء الشرائع الأخرى ، فجعلوا لها علما مستقلا هو علم أصول الفقه ، الا أننا نجد رغم ذلك أنهم انما عنوا ببحث مصادر الشريعة أو " أدلة الأحكام " بوجه عام ، دون أن يعنوا ببحث مصادر كل فرع من فروعها كما هو شأن علماء القانون الوضعي في العصر الحديث (١)

فيجب ألا يفوتنا أن الشريعة الاسلامية (أو " الفقه الاسلامي " كما يطلق عليها بعض العلماء) تشمل قسمين كبيرين من الأحكام الشرعية :

(١) " أحكام العبادات " (كالصلاة والصوم الخ) وغير ذلك مما ينظم علاقة الانسان بربه .

(١) نلاحظ أن علماء الشريعة القدامى يستعملون عادة اصطلاح « أدلة الأحكام » للدلالة على ما نطلق عليه هنا وما يطلق عليه رجال الفقه الوضعي « مصادر الشريعة » . ذلك كان مثلا شأن الامام أبي حامد الغزالي (المتوفى عام ٥٠٥ هجرية) في كتابه « المستصفى من علم الأصول » (طبعة ١٣٥٦م) ج ١ ص ٦٤ وما يملأها من أننا نجد أساتذة الشريعة الاسلامية بكليات الحقوق بمصر يستعملون هذين الاصطلاحين : " أدلة الأحكام " و " المصادر " بمعنى واحد . راجع في ذلك مثلا للمنفور له الأستاذ الجليل الشيخ عبد الوهاب خلاف (أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق بجامعة القاهرة سابقاً) كتابه الشهير : « علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامي » (طبعة ١٩٥٢ من ٨ ، ١٢ ، ٢٠ ، ٩٠ ، ٢٩٦) وكذلك كتابه « الاجتهاد والتقليد والتعارض والتراجع » (طبعة ١٩٥١ من ١٨ ، ١٩) وراجع أيضاً للأستاذ الشيخ عمر جبد الله (رئيس قسم الشريعة ووكيل كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية سابقاً) مؤلفه : « سلم الوصول لعلم الأصول » (طبعة ١٩٥٩ من ١٥٧ حيث يقول : « المراد بأدلة الأحكام المصادر التشريعية التي تؤخذ وتعرف بها الأحكام الشرعية » وراجع كذلك ٢٦٠ من الكتاب المذكور وراجع أيضاً للأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبي (أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية مؤلفه : « المدخل في التفسير بالفقه الاسلامي » (الطبعة الثانية ١٩٥٩) حيث يتكلم (بصفحة ١٥٠ وما يملأها) عن « مصادر الفقه الاسلامي » . ونلاحظ أن المؤلف - شأنه شأن الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى - يستعمل اصطلاح « الفقه الاسلامي » بالمعنى ذاته الذي نستعمله هنا لاصطلاح « الشريعة الاسلامية » وهو المعنى الذي عرف دائماً من هذا الاصطلاح في كليات الحقوق ونجد بعض علماء الشريعة مثل الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (شيخ الجامع الأزهر) يستعمل فحسب اصطلاح « مصادر » . راجع كتابه « الاسلام عقيدة وشرعية » (طبعة ١٩٥٩) ص ٣٩٦ ، ٤٧١ حيث ورد ما نصه : « ألقني عهد الرسول وقد تركز فيه مصدران للتشريع : المصدر الاصل وهو القرآن والمصدر البياني وهو السنة » ، وفي ص ٤٧٣ نجد يتكلم عن ظهور الاجماع في عهد الخلفيتين أبي بكر وعمر « مصدران من مصادر التشريع فيما لا نص فيه » .

(ب) « أحكام المعاملات » - ويقصد بها في الاصطلاح الشرعي جميع فروع القانون بقسميه الكبيرين : القانون العام والقانون الخاص (١) .

ولكن علماء الشريعة لا يفرقون بين القانون العام والقانون الخاص ، وبالتالي لا يفرقون بين فروع كل منهما ، لذلك كان طبيعياً ألا نجدهم يفرقون باب البحث عن مصادر كل فرع من هذه الفروع كما يفعل رجال الفقه الوضعي الحديث ، الذين تخصص من بينهم فريق في كل فرع من فروع القانون العام ، وفروع القانون الخاص ، فبحثوا ثم قدموا لنا مصادر كل من القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المدني العام وغيره من فروع القانون العام ، ومصادر كل من القانون المدني والقانون التجاري وغيره من فروع القانون الخاص ، اذ يجب ألا يفوتنا أن المصادر تختلف باختلاف فروع القانون ، فمصادر القانون الدستوري مثلاً تلتخص :

(أولاً) في التشريع الدستوري (أو الدستور) ويلحق به بعض القوانين العادية (كقانون الانتخاب) .

(ثانياً) العرف (مع ملاحظة أن العرف الدستوري يختلف عن العرف العادي أي المعروف في القانون الخاص ، كما سنبين ذلك تفصيلاً فيما بعد) .

(١) الأحكام العملية - يطلق على هذين القسمين : المبادئ والمعاملات اصطلاحاً « الأحكام الشرعية العملية » ، أو « الأحكام العملية » وذلك على سبيل الإيجاز - وهذا لأنها تتعلق بما يعمل به الأفراد (سواء كانت أقوالاً أم أفعالاً) ، بخلاف «الأحكام الاحتكافية» التي لا تتعلق بما يطلب من الأفراد أن يعملوه بل بما يجب أن يعتقدوه ويؤمنوا به (كالإيمان بالله ورسله واليوم الآخر) فهذه لا تمتد من بحوث الشريعة الإسلامية (أو الفقه الإسلامي) وإنما هي من بحوث علم الكلام (أو التوحيد) فالأحكام العملية هي ما يقصد بالفقه أو باصطلاح «الأحكام» حين تذكر دون وصف آخر - راجع فيما تقدم « أصول الفقه » للشيخ خلاف ص ٣٠ - ٣٢ ، ٢٩٣ ، وكتاب « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر ص ٧ - ١١ .

والقانون الإداري له مصادر أربعة : التشريع والعرف والقضاء والفقه (١) والقانون الدولي العام له مصادر أصلية ثلاثة : العرف ، والمعاهدات الدولية ، ومبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة ، وهناك مصادر ثانوية (يقضى النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بالمادة ٣٨ بأن ترجع محكمة العدل إليها إذا لم تسعفها المصادر الثلاثة الأصلية) وهي أحكام المحاكم ومذاهب كبار فقهاء القانون العام في مختلف الأمم (٢)

والقانون المدني في مصر له مصادر ثلاثة : التشريع ثم العرف ثم الشريعة الإسلامية — هذا في غير مسائل الأحوال الشخصية ، أما المصادر للقانون المصري في مسائل الأحوال الشخصية فهي تتلخص في الدين ، أى الديانات المختلفة في مصر باختلاف عقائد المصريين (٣)

(١) يلاحظ أنه لا يقصد بالتشريع هنا القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية فحسب ، ولكن المقصود جميع القواعد القانونية المكتوبة ، وبذلك تشمل كلمة « التشريع » هنا : التشريع الدستوري والقوانين العادية والقوانين والقرارات الإدارية المختلفة ، فبعض مبادئ القانون الإداري المصري مصدرها نصوص الدستور كالمبادئ الأساسية في تنظيم الإدارة المحلية والقواعد المتعلقة بتحديد اختصاصات رئيس الجمهورية والوزراء — راجع فيما تقدم مؤلف الأستاذ الدكتور فؤاد مهنا : « الوجيز في القانون الإداري : السلطة الإدارية » (طبعة ١٩٦٠ ص ٥٢ - ٥٦)

(٢) يلاحظ أنه يقصد « مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة » تلك المبادئ الأساسية التي تستند إليها وتقرها النظم القانونية في مختلف الدول المتقدمة كالمبدأ الذي يقضى بالانحياز من تسبب بفعله في أحداث غير لغير بإصلاح هذا الضرر ، والمبدأ الذي يقضى بالانحياز المتبادل بما تماعده عليه ، ومبدأ سقوط الحق والتكليف بمضى المدة الطويلة — راجع فيما تقدم مؤلف الأستاذ الدكتور علي صادق أبو حيف « القانون الدولي العام » (الطبعة الرابعة ١٩٥٩ ص ١٩ - ٢٩)

(٣) يلاحظ أن القانون المدني المصري قد أوجب (بالمادة الأولى الفقرة الثانية) - في حالة عدم وجود نص تشريعي ولا عرف ولا مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية - الحكم بمقتضى « مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » . ويرى بعض رجال الفقه في المدني بحق « أن الإحالة على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تخلق من هذه المبادئ وتلك القواعد مصدراً رسمياً للمنى الاصطلاحي الدقيق ، فهذه الإحالة لا تملأ أن تكون رجوعاً بالقاضى الى جوهر القانون ، لئى الى المصادر المادية أو الموضوعية لقاعدة القانونية يستلهم منها الحل . راجع في ذلك مؤلف الأستاذ الدكتور حسن كبره « أصول القانون » (الطبعة الثانية ١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ٢٧٤ ، ٢٧٥ وسوف نعود الى هذه النقطة بنبر قليل من الشرح والتفصيل ، وذلك بصدد بحثنا عن القياس وهل يصح أن يعد في حداد المصادر .

أما علماء الشريعة الإسلامية فأنهم — كما قلنا — لم تتجه أنظارهم الى بحث مصادر كل فرع من فروعها ، ففكرة التخصص في كل فرع من فروع الشريعة كانت ولا زالت غير معروفة لديهم ، وانما نجدهم يذكرون "المصادر" أو "أدلة الأحكام" للشريعة الإسلامية بوجه عام (أى بمختلف فروعها) فهم يقررون أن ثمة مصادر متفقاً عليها وهى أربعة : القرآن والسنة ، والاجماع ، والقياس ، وأن ثمة مصادر مختلفاً عليها بين علماء الشريعة أهمها : العرف والاستحسان والمصالح المرسلة ، والاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابي النخ ..

فقط البحث وأهراءه — ان الذى يهدف اليه هذا البحث انما هو الاجابة عن سؤالين ، وذلك لمعرفة أمرين هامين :

(الأول) هل تعد الأحكام الشرعية الدستورية . (التي تقررت في صدر الاسلام أو فيما تلاه من العهود الإسلامية) نقول هل تعد جميعاً ملزمة لنا في هذا العصر الحديث ، طالما كانت تلك الأحكام تستند — كما هو معلوم — الى مصدر من تلك المصادر "أدلة الأحكام" السالفة الذكر ، لاسيما اذا كان من المصادر المتفق عليها ؟ واذا تقرر أنه لا يعد ملزماً لنا في عصرنا سوى بعض من تلك الاحكام فما هو ذلك البعض ؟ (١) .

(الأمر الثانى) حين يريد المشرع في بلد اسلامي أن يضع لبلده في عصرنا هذا دستوراً مستمداً من أحكام الشريعة الإسلامية أو متفقاً مع أحكامها فهل يفيدو واجبا عليه أن يأخذ بهذه المصادر (السالفة الذكر) جميعاً ؟ واذا تقرر أنه لا يلزم الا بالأخذ ببعضها ، فما هو ذلك البعض ؟

(١) نقصد « بالأحكام الشرعية الدستورية » تلك الأحكام (أو القواعد القانونية) التي تتعلق بما نسميه اليوم « القانون الدستوري » أى تلك الأحكام التي تدين نظام الحكم وحرريات الأفراد أو حقوقهم الأساسية أزاء الدولة .

أن هذا هو ما عنيناه بعبارة "فى العصر الحديث" التى أضفناها الى عنوان هذا البحث ، ذلك لأن الذى يعنيننا من أمر هذا البحث ليس الجانب التاريخى أى أنه ليس هو التمهيد لمعرفة المبادئ أو الأحكام الدستورية التى كان يقوم على أساسها النظام السيامى فى صدر الاسلام وماتلاه من تلك العهود الاسلامية التاريخية ، انما الذى يعنيننا وسهمنا هنا انما هو تمهيد الطريق لأولئك المشرعين أو الباحثين الذين يحاولون أن يقيموا أو أن يستنبطوا فى العصر الحديث نظاما سياسياً اسلامياً أى نظاماً من أنظمة الحكم مستمداً من أحكام الشريعة الاسلامية . وما لا ريب فيه أن الجانب التاريخى لا يمكن اغفال أمره ولا يصح أن تنكر أهمية شأنه ، ولكنه ليس هو الهدف الأساسى أو الأول لهذا البحث الذى ستكون معالجته كذلك فى بعض مواضعه من ناحية القانون المقارن ، وذلك حيث نرى فى ذلك جدوى ، وحيث نرى الى ذلك سيلا :

تقسيم — أن هذا البحث يتطلب منا — فيما نرى — أن نقسمه الى
البحوث التالية :

(أولاً) خصائص الشريعة الاسلامية .

(ثانياً) نبذة موجزة عن المصادر أو " أدلة الأحكام " كما بينها علماء الشريعة الاسلامية من الأصوليين .

(ثالثاً) ومما يتصل بما تقدم : البحث فيما يراه بعض علماء المستشرقين من أن القانون الرومانى يعد من مصادر الشريعة الاسلامية .

(رابعاً) مصادر الأحكام الدستورية فى الشريعة الاسلامية فى العصر الحديث .

المبحث الأول خصائص الشريعة الإسلامية

يختلف التشريع الاسلامي عن الشرائع الأخرى الوضعية المعروفة في العصر الحديث اختلافاً كبيراً ، فهو يتميز بكثير من الخصائص التي ينفرد بها دون غيره من الشرائع .

وفيما يلي أهم خصائص ذلك التشريع الاسلامي :

الخاصية الأولى :

ان جزءاً منه تشريع " الهى " والجزء الآخر تشريع " وضعى " سنه مجتهدو المسلمين من الصحابة وتابعيهم وكبار الأئمة المجتهدين والخلفاء أو الولاة استنباطاً من نصوص التشريع الالهى وروحها (١) .

ويشمل ما يطلق عليه " التشريع الالهى " :

(أولاً) الأحكام الشرعية الواردة في القرآن .

(ثانياً) الاحكام الشرعية الواردة في السنة — على أن الأمر فيها موضع خلاف . وبما يجب ملاحظته أن موضع الخلاف بين الفقهاء انما هو بصدد الأحكام الشرعية التي تصدر عن الرسول "حيث لا يكون وحى" أما "حيث يكون وحى" فللموضع للخلاف في أن ما يصدر عن الرسول في هذه الحالة يعد تشريعاً الهياً.

(١) ان هذه الأحكام الشرعية التي يستنبطها أولئك المجتهدون « وان كانت تعتبر (كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف) تشريعاً الهياً باعتبار مرجعها ومصدرها الا أنها تعتبر تشريعاً وضعياً باعتبار جهود المجتهدين في استنبادها واستنباطها » راجع في ذلك « علم أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » (المرجع السابق ذكره) للأستاذ الشيخ خلاف ص ٢٧٩

ونجد بصدد الحالة الأولى (أى "حيث لا يكون حى" ويكون تشريع الرسول ثمرة اجتهاده) رأيين مختلفين :

(أ) (الرأى الأول) يقول أنصاره ان اجتهاد الرسول اما أن يكون تعبيراً عن الهام إلهى ، وإما أن يكون ثمرة بحث الرسول ونظره ولكنه مع ذلك ملحوظ برعاية الله له ، فإن جاء صواباً أقره الله عليه وان جاء غير صواب رد الله رسوله الى الصواب فيه ، ذلك هو ما يراه الأستاذ الشيخ خلاف (١)

(ب) (الرأى الثانى) ويرى البعض الآخر من علماء الشريعة أن الرسول كان - فيما وراء الرسالة - انساناً ، فكانت له العصمة فيما أرسل به للناس من قبل الله من وحى ، وكان له حكم الانسان المجتهد فيما أتى به من قول أو فعل بعد ذلك أى حيث لا يكون

(١) وتفسيراً لذلك يقول الأستاذ الشيخ خلاف (المراجع السابق ص ٢٨٥) « أن الأحكام الاجتهادية التى لم يهام الله بها الرسول بل صدرت عن بحته ونظره هى أحكام نبوية يمانها وعبادتها ، وهذه لا يقره الله عليها الا اذا كانت صواباً ، وأما اذا لم يوفق الرسول فيها الى الصواب فان الله يرده الى الصواب » . ويفهم من ذلك أن اجتهاد الرسول على نوعين :

(أ) فتارة يكون اجتهاده تعبيراً عن الهام إلهى ، أى أن الرسول اذا أخذ فى الاجتهاد الهمة الله حكم ما أراد معرفة حكمه .

(ب) وثارة يكون اجتهاده «بحته ونظره ولكنه ملحوظ برعاية الله» أى أن الرسول يجتهد ويدل بالرأى أو بالتشريع لا عن طريق الإلهام الإلهى وإنما عن طريق البحث وإعمال الفكر والنظر فيما تمليه المصلحة بما يتفق وروح الاسلام ، حل أن هذا النوع الثانى من الاجتهاد وأن لم يكن قد أهتم به الرسول الا أنه تعالى لا يقر الرسول عليه الا اذا كان صواباً ، فاذا لم يوفق الرسول الى الصواب فان الله يرده الى صواب الرأى . ويذكر الأستاذ الجليل الشيخ خلاف تأييداً لرأيه الحادثة الشهيرة من غزوة تبوك ، وهى تخلص فيما يلى :

استأذن بعض المنافقين رسول الله أن يتخلفوا عن الاشتراك معه فى غزوة تبوك ، فأذن لهم رغم ضعف أعدائهم ، فنزلت الآية القرآنية التى عاتبه الله فيها ووجهها الى الخطاب قائل : « عفا الله عنك لم أذن لك حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين » . (وقد ذكرنا خلاصة هذه الحادثة تفصيلاً عن كتاب « اجتهاد الرسول » للأستاذ الشيخ عبد الجليل عيسى أبو النصر شيخ كلية اللغة العربية بالأزهر - طبعة ١٩٥٠)

وحى، ولذلك كان لا ينجو أحياناً من الخطأ، وشأنه في ذلك شأن غيره من الأنبياء والرسل ، ولذلك فقد وردت غير قليل من الآيات القرآنية التي يعاتب فيها الله رسوله على رأى رآه (١) .

التأنيج المرتبة على اعتبار جزء من التشريع ذا صبغة الهيبة : ترتب على هذه الصبغة الالهية تقيجتان :

(الأولى) أن الشريعة تعنى بصلة الفرد بربه بخلاف القانون الوضعى ، بل أن الشريعة لتعنى بهذه الناحية أكبر عناية ، ولذلك يقدم بحث العبادات على غيرها من مختلف بحوث الشريعة الاسلامية (٢) .

(الثانية) أن الجزاء على مخالفة أحكام الشريعة ليس فحسب دنوبها (كما هو الشأن في القوانين الوضعية) ، بل هو كذلك أحياناً جزاء أخروى . وما تجدر الإشارة إليه أننا لا نستعمل هنا كلمة " الجزاء " بمعناها الضيق

(١) راجع في ذلك كتاب « فجر الاسلام » للمرحوم الأستاذ أحمد أمين (عيد كلية الآداب بجامعة القاهرة سابقاً) الطبعة السابعة ١٩٥٥ ص ٢٣٣ حيث يقول : أن هذا ما يراه أكثر الفقهاء أو على حد تمييزه « أكثر الأصوليين » من أن الرسول « كان يجتهد برأيه حيث لا يكون وحى ، وأنه كان أحياناً يخطئ في رأيه ، واستدلوا على ذلك بأنه عوتب من الله بصدده تصرف له خاص بأسرى غزوة بدر ... الخ - وراجع كتاب الأستاذ الشيخ عبد الجليل عيسى « اجتهد الرسول » حيث يقول : « لم يكن رأيه عليه السلام فيما اجتهد فيه يمثل الصواب دائماً ولا محل رضاه الله تعالى عنه دائماً كذلك ، كما أن تصويب الخطأ في رأيه من المولى جل شأنه ، أو منه عليه السلام أو من صحابته ، لم يكن دائماً أبداً عقب ظهور الرأى مباشرة ، بل قد كشفت الأيام عن خطأ هذا الرأى في بعض الأحيان ، أو كان سبباً في أن عاتبه عليه مولاة جل شأنه ، وقع التصويب بعد فترة زمنية تقصر وتطول ، مما لا يدع شكاً في أن الرسول يجوز عليه - عدا ما خصه به الله - ما يجوز على أى بشر آخر » . - ويقول المؤلف (في موضع آخر من كتابه) أن الله قد نسب الذنب للرسول وذلك في قوله تعالى مخاطباً لرسوله : « واستغفر للذنبك والمؤمنين والمؤمنات »

(٢) راجع « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » (الطبعة الثانية ١٩٦١) ص ١١٧ للإستاذ الدكتور محمد يوسف موسى .

المعروف في القانون الجنائي ، بل بمعناها الواسع المعروف في الفقه الوضعي الحديث (١) .

المحاسبة الثانية

ان الأحكام الشرعية في القرآن جاءت عامة ، أى بصورة كلية ، فهي لا تعنى الا بالكليات دون الجزئيات والتفصيلات ، اللهم الا في القليل النادر ، وبيانا لذلك يجدر بنا أن نفرق بين نوعين من الأحكام الشرعية :

(١) العبادات وما يلحق بها من الأحوال الشخصية والموارث فهذه نجد القرآن قد عرض لبيان أحكامها التفصيلية ، وذلك لأن أغلب أحكام هذا النوع تعبدى ولا مجال للعقل فيه ولا تتطور بتطور اليبثات (٢) .

(ب) المعاملات (ماعدات الأحوال الشخصية والموارث) وهى تشمل القوانين المدنية والدستورية والجنائية الخ (أى الى غير ذلك من مختلف فروع القانون الخاص العام) وهى التى نعنبا

(١) وهو «الجزاء» المعروف لدى الفقه الفرنسى بكلمة *Sanction* ، ويفضل البعض عليها كلمة «الاجبار» *la Contrainte* ، ويقصد به حل الأفراد جبراً على طاعة القواعد القانونية ان لم يطيعوها اختياراً ، والجزاء أو الاجبار صور مختلفة تختلف باختلاف الزمان والمكان وباختلاف فروع القانون ، فمثلا نجد في القانون المدنى يتخذ صورة بطلان التصرف أو صورة التمييز . لزيادة التفصيل راجع « أصول القانون » للأستاذ الدكتور حسن كبره (المرجع السابق ذكره) ص ٤٦ - ٤٤

(٢) راجع « أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » (المرجع السابق ص ٢٣) على أن ما يجدر ملاحظته أنه حتى في مسائل العبادات لا يعرض القرآن دائماً لتفصيلات بل نجده أحياناً يتركها للسنة وإن الله (كما يقول الدكتور طه حسين) يأمر المؤمنين بالصلاة ويأمرهم أن يؤتوا الزكاة ولكنه لا يبين لهم في القرآن كيف تؤدى الصلاة ولا يبين لهم مواعيتها في تفصيل ولا يبين لهم عدد الركعات في كل صلاة ، وإنما يعلم نبيه هذا كله بما يلقى في قلبه من المعرفة ، وعلى الذى أن يعلم الناس بما علمه الله . . . الخ » من كتاب « مرآة الاسلام » ص ١٩٧ ، ١٩٨ للدكتور طه حسين .

في الواقع بالكلام في هذه النبذة - فهذه قد اقتصرت القرآن بصددهما على بيان القواعد العامة الكلية ، ولم يعرض لتفصيلات وجزيات اللهم الا في القليل النادر ، (كأحكام الموارث وأحكام الأسرة) وذلك لأن الأحكام الشرعية الخاصة بهذه الجزئيات تتغير بتغير ظروف البيئة والمكان ، وتتطور بتطور ظروف الزمان ، فاقصر القرآن فيها على القواعد العامة " ليكون ولاء الأمر (على حد تعبير الشيخ خلافاً) في كل عصر في سعة من أن يفصلوا قوانينهم فيها حسب مصالحهم في حدود أسس القرآن من غير اصطدام بحكم جزئي " ، ولقد كان هذا الوضع - كما يقول الأستاذ الأكبر شيخ الجامع الأزهر الشيخ شلتوت - وهو " تفصيل مالا يتغير ، وإجمال ما يتغير " - إحدى الضرورات التي يقضى بها ويتطلبها خلود الشريعة ودوامها (١) .

(١) راجع « أصول الفقه » للشيخ خلاف ص ٣٣ - وكتاب « الاسلام عقيدة وشريعة » الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (طبعة ١٣٧٩ هـ ، ١٩٥٩ م) ص ١٧ حيث يصف ال ما تقدم قوله : « فليس من المعقول أن تعرض شريعة جاءت على أساس من الخلود والبقاء والسموم - لتفصيل أحكام الجزئيات التي تقع في حاضرها ومستقبلها ، فأنها مع كثرتها الناشئة من كثرة التعامل والرواثة متجددة بتجدد الزمن وصور الحياة فلا مناص إذا من هذا الإجمال والاكتفاء بالقواعد العامة والمقاصد التي تشعشعها للعالم » .

ويقول الامام الشاطبي (في كتابه « الاعتصام ») مفسراً لقوله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ، ورضيت لكم الاسلام ديناً » : « فلم يبق للدين قاعدة يحتاج إليها في الضرورات والمالحيات الا وقد بيئت غاية البيان ، نعم يبقى تنزيل الجزئيات على الكليات موكولاً الى نظر المجتهد - ثم يقول : « ولو كان المراد بالآية الكمال بحسب تفصيل الجزئيات بالفعل ، فالجزئيات لا نهاية لها فلا تنحصر برسوم ، وقد نص العلماء على هذا المعنى قائماً المراد بحسب ما يحتاج اليه من القواعد الكلية التي يجري عليها ما لا نهاية له من النوازل ، وكان ذلك نقلاً عن كتاب « دولة القرآن » (طبعة ١٩٦١ ص ١٧٥) للشيخ طه عبد الباقي سروز .

لما تقدم نجد أن الأحكام الشرعية قد جاءت في القرآن (وهو الأصل والمصدر الأول للأحكام الشرعية) قليلة العدد الى حد بعيد اذ لا يزيد عددها عن نحو مائتين بينما يشمل القرآن نحو ستة آلاف آية (١).

الخاصية الثالثة

المرونة ومراعاة مقتضيات ظروف البيئة (أو الصالح العام)

هذه ليست في الواقع خاصية خاصة بالشرعية الاسلامية دون غيرها من الشرائع ، فالمفروض والطبيعي أن كل تشريع من التشريعات يعمل على مراعاة تلك المقتضيات ، ولكننا رأينا أن نعالج بحث هذه الخاصية لأن بعض الناقدين - لا سيما من علماء المستشرقين - يهتمون بالشرعية الاسلامية بالجمود أى بعدم مراعاة مقتضيات ظروف البيئة (أو الصالح العام) أو «المصلحة» على حد تعبير فقهاء الشريعة الاسلامية .

والواقع - فيما تبين لنا وفيما ستبين للقارىء - أنها أبعد الشرائع عن الجمود ، وأكثرها مرونة وقابلية للملاءمة - وقد تلامت فعلا في بعض العصور - مع مختلف البيئات ومختلف ظروف الزمان والمكان . على أننا نجد بنا أن نبادر فنقرر أن ذلك الجمود كان في بعض العصور - ولا يزال حتى في هذا العصر - من صفات بعض علماء الشريعة الاسلامية وفقهائها ، فكان من ذلك أن خلط بعض الناقدين بين الشريعة وفقهائها أو علمائها فوصفت

(١) ذلك هو ما يذكره فقيه العلم الأستاذ أحمد أمين في كتابه « فجر الاسلام » (الطبعة الثانية) ج ١ ص ٢٦٨ - ويلاحظ أن ثمة خلافا يسيراً بين الباحثين فيما يتعلق بعدد الآيات ، فنجد الشيخ عمر عبد الله (وكيل كلية الحقوق السابق بجامعة الاسكندرية) يذكر في بحثه القيم « العرف في الفقه الاسلامي » ص ٩٨ أن الآيات القانونية في القرآن « لا تكاد تبلغ خمسة في المائة من عدد آيات القرآن المشتمل على ٦٢٣٦ آية على طريقة الكوفيين التي أثبتت في عد آياته » - وفي بحث بعنوان « الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية بمصر » نشره المستشار الأستاذ على على منصور بمجلة « رسالة الاسلام » السنة الخامسة العدد الأول (يناير ١٩٥٣ ص: ٤٨) يقول أن « الآيات القرآنية التي تضمنت أصول الأحكام على ما أحصاها ابن قيم الجوزية لا تقبل مائة وعشرين آية من نيف وستة آلاف آية ، أما الأحاديث فخمسة مائة من أربعة آلاف حديث » .

يبعض صفاتهم ، ونسبة الخلط بين الشريعة ورجال الشريعة ، وبين الدين ورجال الدين ، واتهام الشريعة ببعض أخطاء فريق من رجالها ، واتهام الدين ببعض أخطاء فريق من رجاله ، تلك سنة عرفت منذ سنين عن كثيرين من علماء المستشرقين (١) . ذلك كله مما أحلناه قليلا ، سنزيده الآن تفسيراً وتفصيلاً .

أسباب اتهام المستشرقين للشريعة الإسلامية بالجمود : يمكننا أن نلخص تلك الأسباب فيما يلي :

١ - لأن الشريعة الإسلامية هي - كما قدمنا - ذات مصدر المهي أي ذات صبغة دينية ، ونجد أن الدين يبدو في نظر الكثيرين (كما يبدو في نظر الفقه الحديث) هو والقانون بمثابة ظاهرتين متنافرتين أي غير مؤتلفتين اذ يعد الدين ذا صبغة جامدة ثابتة غير متغيرة ، بينما يعد القانون ذات صبغة متطورة متغيرة ، كما أن الدين يتعلق بضمير الفرد (أو عقيدته) ، بخلاف القانون فهو يتعلق بالمصالح الاجتماعية ، الأول صادر عن الله والثاني عن الدولة (٢) .

(١) نذكر في مقدمة أولئك المستشرقين الذين أشرفنا عليهم جرونيباوم حيث يقول « ان القرآن عاد في أحوال معينة فنسخ وصايا بعضها أنزلت على نبيه مستفيضا عنها بآيات غير منها أو ملها » (سورة البقرة الآية ..) فلما انتقل النبي (صلم) الى جوار ربه قضى على وسيلة هذا التنفير الاسمي أو المسايرة للظروف « راجع في ذلك كتاب « حضارة الاسلام » تأليف جرونيباوم Grunbaum (أستاذ اللغة العربية بجامعة شيكاغو ، ورئيس مؤتمر علماء البحوث الإسلامية الذي عقد ببلجيكا عام ١٩٥٣) ترجمة عبد العزيز توفيق جاويد وراجعه المرحوم الأستاذ عبد الحميد العبادي (طبعة ١٩٥٦) ص ١٨٤ - وراجع كذلك بحث الأستاذ علي بلوى المحامى وعيد كلية الحقوق ووزير العدل سابقاً بعنوان "Relation Historiques et Ethnologiques des religions et du droit" وهو بحث كتبه الأستاذ الكبير وقدمه الى أحد مؤتمرات القانون المقارن في لاهي عام ١٩٣١ ونشره مجلة القانون والاقتصاد (عدد يناير ١٩٣٣) حيث يقول (ص ٢٠٢) : ما ترجمته : « يقيين من التقارير التي قدمها بعض الأساتذة الأجانب الى المؤتمر أنهم يطمون الشريعة الإسلامية بالجمود وبأنها لا تقبل في صاحبها أية فكرة جديدة ، والواقع أن هذه فكرة سائدة في أوروبا منذ أمد طويل »

(٢) راجع بحث الأستاذ علي بلوى (المشار إليه) ص ٥ ، وراجع ص ٦ - ٨ حيث بين أن هاتين الظاهرتين (الدين والقانون) اللتين تمدان اليوم في نظر البعض متعارضتين - لم يكن ذلك شأنهما في أقدم عصور التاريخ اذ أنهما لم تكونا تمدان سوى شيئاً واحداً يصدر عن مصدر واحد ، فقد كان العرف القانوني صادراً عن المعتقدات البنيوية وكان الناهي هو الكاهن .. الخ »

٢ - وكذلك من تلك الأسباب التي دعت أولئك المستشرقين الى ذلك الاتهام أن رجال الفقه الاسلامي لم يفكروا أن ينشروا المبادئ الصحيحة للشريعة الاسلامية باحدى اللغات الأوربية (١) .

٣ - ويلتبس بعض علماء الشريعة في عصرنا هذا المعلرة لبعض المستشرقين فيما ذهبوا اليه ، "لأن نواحي الحصوبة والمرونة في النصوص التشريعية في القرآن والسنة (كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف) نواح دقيقة لا يحيط بها الا من استقرأ تلك النصوص وراض عقله على الاستدال بها وأنعم النظر في حملتها وتفصيلها ، ولأن نواحي الحصوبة والمرونة في سائر الأدلة الشرعية (يقصد المصادر) قد غطاها علماء المسلمين ببحوث لفظية واختلافات جدلية وشروط وقيود ذهبت بمرونتها وحالت دون الاهتداء بها ، واشتد تحجر هذه المصادر وزاد تراكم الأثرية عليها بسد باب الاجتهاد ، وإيجاب تقليد مجتهد من الأئمة الأربعة ، فان هذا عطل استعمال مصادر التشريع في الاستنباط وحدها (٢) " .

٤ - ونضيف الى تلك الأسباب جهل فقهاء القانون الغربيين (اللهم الا النادر) باللغة العربية التي هي وحدها لأداة التي تمكنهم من الوقوف على آراء رجال الفقه الاسلامي (٣) .

٥ - وأخيراً نضيف الى ما تقدم ما هو معروف عن الكثيرين من المستشرقين الغربيين من تعصب ضد الشرق والشرقيين وأحياناً ضد الاسلام والمسلمين ، وتلك نزعة من شأنها أن تضعف فيهم روح الأنصاف والروح العلمية أى روح حب البحث عن الحقيقة : الأمر الذي أدى ببعضهم

(١) راجع بحث الأستاذ علي بنوي (المرجع السابق) ص ٢٢

(٢) راجع بحثاً بعنوان : « مصادر التشريع الاسلامي مرنة تسائر مصالح الناس وتطورهم » للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ، منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، بالمعدين أبريل مايو عام ١٩٤٥

(٣) بحث الأستاذ علي بنوي (السابق ذكره) ص ٢٢

الى الوقوع في هوة بعض أخطاء تعد من الأوليات أى أن وجه الحق أو الصواب فيها يعد من البدهيات ، وحسبنا بياناً لذلك أن نشر الى مارآه بعض أولئك المستشرقين من أن الأفراد في الاسلام ليس لهم حقوق ازاء الامام (أو الحكام) وأن الطاعة لهم واجبة على الأفراد على الدوام، وألامسؤولية على الحكام وأن الخلافة في الاسلام هى نوع من أنواع الحكومات الاستبدادية الجائرة ، أى المطلقة غير المقيدة ، وغير ذلك مما هو بين فيه وجه الخطأ ، (ومما سررد فيه الكلام تفصيلاً في موضعه ، وذلك بصدد الكلام عن المبادئ الدستورية في الاسلام (١) .

ومن أولئك المستشرقين من تذهب به تلك النزعة الى حد انكار أن الرسول كان مثلاً أعلى من حيث الخلق القويم بل العظيم ، والى حد انكار صحة الأحاديث جميعاً ، ونسبها الى الصحابة والتابعين (٢) .

وممنهم من تذهب به تلك النزعة — في كتاباته عن تاريخ الأزمنة القديمة — الى حد انكار فضل الحضارة الشرقية القديمة على الحضارة اليونانية (التي تعد أصل أو مصدر الحضارة الغربية الحديثة) بل الى اهمال الشرق القديم اهماً لا تاماً ، انهم — على حد تعبير المؤرخ الأمريكي والعالم المنصف بريستيد (Breasted) «يريلون قتل حضارة الشرق عمداً لأنهم يريلون اخفاء الحقيقة» (٣) .

(١) راجع في ذلك «التطريات السياسية الاسلامية» للدكتور محمد ضياء الدين الرئيس (أستاذ التاريخ الاسلامي بكاتبة دار العلوم) الطبعة الثانية ١٩٥٧ ص ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٨٧ وراجع في بيان ما يعمد اليه بعض المستشرقين في كتاباتهم من العمل على اضعاف الروح المعنوية في نفوس الشعوب الشرقية الاسلامية وبث روح اليأس فيهم من مقاومة المستعمرين ، راجع في ذلك كتاب «الحكم الاسلامي الحديث وصلته بالاستعمار الغربي» (طبعة ١٩٥٧ ص ٣٤١ ، ٣٤٢) للدكتور محمد البهي وزير الأوقاف (وأستاذ الفلسفة بكلية اللغة العربية بالأزهر ومدير الجامعة الأزهرية سابقاً) .

(٢) راجع في ذلك كتاب «في العقيدة والثريمة» (من سلسلة الثقافة الاسلامية عدد يناير ١٩٦٠) ص ٢٨ ، ٦٢) للأستاذ الشيخ محمد التزالي حيث عرض لنقد آراء المستشرق جولدهنر (مؤلف كتاب «العقيدة والثريمة») نقداً علمياً قوياً .

(٣) راجع في ذلك كتاب للمؤرخ الأمريكي الأخصائي في التاريخ المصري القديم : بريستيد Breasted بعنوان The conquest of Civilisation الترجمة العربية له بعنوان انتصار الحضارة» للدكتور أحمد ضحى (طبعة ١٩٥٥ ص ٣ ، ٤ من المقدمة حيث =

ويجدر بنا في مقام الختام لهذه النبة أن نوجه الأنظار الى أننا لا ننكر أن بين المستشرقين بعضاً من العلماء الممتازين المنصفين الذين كتبوا عن تاريخ الشرق أو عن الغرب والشريعة الاسلامية بروح علمية صادقة لا تشوبها شائبة الشبهات أو شائبة الشهوات ، ولكن المقام هنا ليس مقام الكلام عن هذا الفريق من المستشرقين ولا عن المستشرقين بوجه عام ، وإنما نحن نتكلم هنا عن ذلك الفريق من المستشرقين الذين يهجون الشريعة الاسلامية بالجمود (١) .

أما وقد انتهينا من بيان تلك الأسباب فأنا ننتقل الى بيان خطأ اتهام الشريعة بالجمود .

خطأ اتهام الشريعة بالجمود

إن الشريعة إنما تقوم — كما قدمنا — على أساس مراعاة مقتضيات ظروف البيئة (أى الصالح العام) أو « المصلحة » فضلاً عن مراعاة صالح الفرد في دنياه وأخراه ، فهي على قسط من المرونة يسمح لها أن تتطور وتتغير طوعاً وتطور وتغير تلك الظروف أو تلك « المصلحة » (٢) . وبينانا لذلك ندلى بما يلي :

= يقول الدكتور فخرى أن الباحث الذى حدا بذلك المؤرخ الكبير النزيه (بريستيد) الى كتابة مؤلفه إنما يرجع الى استنكاره لما شهده من أن المؤرخين الغربيين ينسبون مصدر الحضارة الغربية الى اليونان والرومان وحدهم ، ويهملون الشرق القديم إهمالاً تاماً » .

(١) راجع كتاب « مآثر العرب على الحضارة الأوروبية » للأستاذ جلال مظهر (طبعة ١٩٦٠) . حيث يجد القارئ (ما بين صفحة ١٣ - ٢٠) نبذة مختلفة مختارة من كتابات عدد غير قليل من المستشرقين المنصفين الذين يشيرون بفضل الحضارة العربية على الحضارة الغربية .

(٢) ان كلمة « المصلحة » في اصطلاح فقهاء الشريعة يقصد بها — فيما يبدو لنا — ما نفعه عادة بعبارة « الصالح العام » وذلك في حدود ما رسمه المبادئ والأحكام التى جاء بها الاسلام راجع في ذلك مؤلف الأستاذ الشيخ محمد شلى « تحليل الأحكام » ص ٢٧٨ حيث ورد فيه أن الغزال يعرف « المصلحة » بأنها هى « المحافظة على مقصود الشارع وهو خمسة : أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم وما لهم ، فكل ما تضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة » ثم يضيف المؤلف أن الخوارزمى عرفها أنها « هى المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفسد عن الخلق » .

١ - القرآن - ان الأحكام الشرعية في القرآن جاءت - كما قدمنا وبيننا - بصورة كلية عامة (وذلك فيما عدا الأحكام المتعلقة بالعبادات وما يلحق بها) كما أنها كانت قليلة العدد الى حد بعيد ، وذلك كله حتى تستطيع أن تتلاءم مع ظروف مختلف البيئات في مختلف الأزمان ، أو بعبارة أخرى حتى تستطيع مسايرة مصالح الناس في مختلف الأزمنة والأمكنة ، كما أن القرآن يتضمن من الآيات ما يفيد هذا المعنى أو هذا الاتجاه ، كقوله تعالى مخاطباً الرسول : « وما أرسلناك الا رحمة للعالمين » وكقوله : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » وقوله « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (١) .

ثم أن من المبادئ المعروفة التي جرى عليها القرآن : النسخ ، والتدرج في التشريع وفي أنواع الأحكام الشرعية ، ونزول الأحكام الشرعية تبعا للحوادث والمناسبات ، ويدل ذلك كله بصورة بيّنة على أن الأحكام الشرعية تتغير وتتطور بتغير المصالح وتطور الظروف (٢) .

(١) ويقول الأستاذ الشيخ شلبى (في مؤلفه السابق ٢٨٧ ، ٢٨٨) تعليقاً على هذه الآيات الكريمة : « دل الكتاب والسنة إجمالاً وتفصيلاً على أن المصلحة واجب اعتبارها وطلب من المكلفين تحصيلها » ، وبعد أن أورد تلك الآيات الكريمة نجده يقول : « ومن الرحمة الاذن لهم في جلب المصالح ودفع المفاسد عنهم ، ومعلوم أن للناس مصالح تتجدد بتجدد الأيام ، فلما وقف الاعتبار على المنصوص فقط لوقع الناس في الحرج الشديد وهو منافاة الرحمة » .

(٢) فإن الله قد فسّخ في القرآن بعض الأحكام أي أنه أبطلها أو عدلها حين تبدلت الظروف وانقضت المصلحة ذلك - راجع في ذلك مؤلف الأستاذ الشيخ شلبى « المرجع السابق » ص ٣٠٧ وكتاب « اجتهاد الرسول » للشيخ عبد الجليل عيسى أبو النصر (طبعة ١٩٥٠) و« أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٢٩٠ ، وص ٢٨٤ حيث يقول : « ان من يتتبع آيات الأحكام التي وردت في القرآن وما رواه المفسرون من سبب نزول كل آية منها يتيقن أن كل حكم قرآني إنما شرع لحادث اقتضى تشريعه ، ويتجلى ذلك في مثل قوله تعالى : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيها اثم كبير ومنافع للناس واثمها أكبر من نفعهما » - وعن التدرج في التشريع يقول الأستاذ الشيخ خلاف (المرجع السابق ص ٢٨٧) : « أن هذا التدرج كان في زمن التشريع ، وكان في أنواع الأحكام التي شرعت ، فالتدرج الزماني ظاهر من أن الأحكام التي شرعها الله ورسوله لم تشرع دفعة واحدة في قانون واحد ، وإنما شرعت متفرقة في مدى اثنين وعشرين عاماً وبضعة شهور حسب ما اقتضاهما من الأفضية والحوادث ، وكان لكل حكم تاريخه لصوره وسبب خاص =

وأخيراً نضيف إلى ما تقدم أن النصوص القرآنية عللت الكثير مما جاءت به من الأحكام الشرعية ، والتعليل إنما ينطوي على بيان ما يترتب على الأخذ بهذه الأحكام من مصالح للناس ، كما أنه ينطوي على مغزى هام : هو أن هذه الأحكام تلور مع تلك المصالح فحينما توجد المصلحة يوجد الحكم الشرعي ، أى أن الحكم متى تغيرت المصلحة (التى شرع الحكم من أجلها) فإنه يجب تغيير الحكم (١) .

٢ - السنة - من الأحاديث المشهورة المأثورة عن الرسول قوله : « لا ضرر فى الاسلام » وأن دفع الضرر أو المفسدة - كما يقول الغزالي - هو نوع من المصلحة (٢) ، ويترتب على ذلك أن الأحكام الشرعية يجب أن تكون مساهمة لمصالح الناس (أو بعبارة أخرى : للمصالح العام) متغيرة بتغيرها . ولقد كان الرسول يحكم بتحريم الشيء أو تحليله فيبين له الصحابة ما يلحقهم من الضرر فيرجع عما أمرهم به دفعاً للضرر ، ولا ريب أن من حق الأفراد فى الاسلام أن يتبعوا هذا المسلك القويم . ولقد قال تعالى فى كتابه الكريم : « لقد كان لكم فى رسول الله أسوة أحسنه » كما قال : « وما آتاكم الرسول

== لتشريعهم ، والحكمة فى هذا التدرج الزمى أن ييسر معرفة القانون بالتدرج مادة فادة وييسر فهم أحكامه على أكل وجه بالوقوف على الحادثة والظروف التى اقتضت تشريعها . والتدرج فى أنواع شرع من الأحكام ظاهر من أن المسلمين لم يكلفوا فى أول عهدهم بالاسلام بما يشق عليهم فعله أو ما يشق عليهم تركه بل سلك بهم سبيل التدرج ، ففى أول أمرهم لم يفرض عليهم الصلاة خمس فرائض فى اليوم ، واليلة ركعات محدودة فى كل فريضة بل طلبت صلاة مطلقة بالعادة والمعنى .. ولم يحرم عليهم الخمر والميسر... الخ » - وراجع « المختل لدراسة الفقه الاسلامى » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى (الطبعة الثانية ١٩٦١) ص ٢٣ ، ٢٤ حيث يقول أن فى هذا التدرج « دفع الحرج عن المسلمين وألغى باليسير فى التكالف والأحكام ، وبخاصة أنهم كانوا حديثي عهد بحياة لما أمرافها وتقاليدها التى تختلف فى الكثير منها عما جاء به الاسلام » .

(١) راجع « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبى ص ١١٤ ، ١١٥ حيث يشير كذلك الى ما ذكره الفقيه عز الدين بن عبد السلام (فى قواعد الأحكام » ج ٢ ص ١٢١) « كل تصرف تتقادم عن تحصيل مقصوده فهو باطل » .

(٢) « تعليل الأحكام » للأستاذ الشيخ شلبى ص ٣٠٧ ، ٢٨٨ ، ٣٠٨

فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » ولقد كان مما آتانا به الرسول أن نعدل عن
الرأى اذا تبينا مضرته .

وحسبنا أن نذكر بياناً لما قدمنا المثلين التاليين :

(١) لقد نبى الرسول عن أن تقطع يد السارق في زمن الحرب ،
وكان ذلك خشية أن ينتقل السارق الى صفوف الأعداء هرباً
من القصاص ، وذلك رغم ما ورد في القرآن من قوله تعالى
« والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » وذلك دون تخصيص
بحالة السلم دون حالة الحرب ، ولكن الرسول لم يطبق النص
منعاً لضرر أشد (١) ، ومن المبادئ المقررة في الشريعة
الاسلامية المبدأ القائل : « اذا اجتمع ضرران ارتكب الأخف ».

(ب) مما رواه البخارى أن قوماً ساءت أحوالهم فذهبوا الى الرسول
يستشيرونه في نحر إيلهم ، فأشار عليهم بذلك ، فلما علم
عمر بن الخطاب بذلك ذهب الى الرسول وقال له : « يا رسول
الله ، ما بقاؤهم بعد إيلهم » ؟ فرجع الرسول عن رأيه ، حين
تبينت له وجه المصلحة (٢) .

٣ - الصحابة (في عهد الخلفاء الراشدين) — كان كثير من الصحابة —
بعد وفاة النبي ، في عهد الخلفاء الراشدين — يتحرى في استنباطه للأحكام
الشرعية المصلحة أو العدالة حيث لا يكون هناك نص من كتاب أو سنة ،
أى أنهم كانوا — على حد التعبير الدافع في ذلك العصر — يستعملون الرأى (٣) .

(١) « الاجتهاد في الاسلام » للأستاذ الأكبر الشيخ المراغى ص ٤٢ — وراجع كذلك
« دولة القرآن » للشيخ طه عبد الباقي سرور ص ١٥٤

(٢) « تعليل الأحكام » للأستاذ الشيخ غلابي ص ٢٢

(٣) مما تجدر ملاحظته أن ذلك لم يكن شأن جميع الصحابة ، فقد كان منهم القليل من يتشدد فلا يرى
أن « يستعمل الرأى » فكان لا يبقى الا بما ورد فيه نص من كتاب أو حديث ، ذلك ملاكان شأن
عبد الله بن عمر (راجع في ذلك « فنى الاسلام » للأستاذ أحمد أمين ج ٢ ص ١٥٤) . =

ويجب ألا يفوتنا أن ثمة مصادر أخرى من مصادر الشريعة تعد مصدراً
توسعة في التشريع كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة .

ولقد كانت شخصية عمر بن الخطاب أبرز شخصيات الصحابة في هذا
الباب ، فهو لم يقتصر فحسب على الاجتهاد أو « استعمال الرأي » حيث لا نص
من كتاب أو سنة ، وإنما ذهب الى مدى أبعد من ذلك اذ كان يعتمد الى
الاجتهاد أو « استعمال الرأي » فيبحث عن وجه العدالة أو المصلحة حتى رغم
وجود نص من كتاب أو سنة ، فكان لذلك لا يفسر النص طبقاً لحرفيته
أى طبقاً لانفاظه وظاهره ، وإنما يفسره طبقاً لحكته أى طبقاً لباطنه ، وهو
ما نطلق عليه اليوم « روح التشريع » ولو أدى هذا التفسير الى عدم تطبيق
النص - كما كان الكثيرون من الصحابة يمتنعون كذلك عن تطبيق النص -
أسوة بما كان يفعل الرسول - اذا تبين ضرر من اعماله أشد من افعاله ،
وبياننا لما قدمنا تقدم الأمثلة التالية :

(أ) لم يقف الصحابة عند حد عدم تطبيق حد السرقة (أى قطع
يد السارق) في زمن الحرب كما فعل الرسول ، وإنما نجد
كذلك لم يطبقوا - بطريق القياس - في زمن الحرب النص
القرآني الذي يقضي بمجلد شارب الخمر ، وقد كان الذي
ارتكب هذا الأثم أحد أمراء الجيش (أى أحد قواده) (١) .

(ب) عمر والنص القرآني الخاص « بالملوكة قلوبهم » .

= وراجع « فجر الاسلام » للأستاذ أحمد أمين ص ٣٦ ، حيث يقول أن ابن القيم فسر المقصود
« بامتلاك الرأي » بأنه ما يراه بعد فكر وتأمل وطلب لفرقة وجه الصواب ، ولا ريب
أن ذلك إنما يكون في نطاق حدود المبادئ العامة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية ، « والشريعة
مبناها وأساسها - كما يقول ابن القيم - على الحكم والمصالح » ، وسوف نعود الى الكلام عن ذلك
بشيء من التفصيل حين نعود الى الكلام عن ابن القيم بعد قليل .

(١) « تحليل الأحكام » للأستاذ الشيخ شليبي ص ٣٦ ، و « فجر الاسلام » للأستاذ أحمد أمين

صفحة ٢٣٧

من الأحكام الشرعية التي وردت في القرآن اعطاء الزكاة لمن أطلق عليهم « المؤلف قلوبهم » ، وذلك في قوله تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها ، والمؤلفة قلوبهم » ، ولقد كان الرسول يمنحهم كذلك من أموال غنائم الحرب ، ولقد جرى أبو بكر على هذه السنة مدة خلافته . أما أولئك الذين وصفهم القرآن « بالمؤلفة قلوبهم » فإن منهم من كان مسلماً ضعيف الايمان ومنهم من لم يكن قد أسلم بعد ، ولكنهم كانوا جميعاً قوماً أولى بأس ومكانة بين العرب ، فكان الرسول (ومن بعده أبو بكر) « يتألف قلوبهم » (أى يستميلهم اليه) بالهبات والصدقات ، انفاء لشرهم وابقاء على ودهم . ولكن عمراً لم يجر على تلك السنة التي جرى عليها أبو بكر ومن قبله الرسول تنفيذاً لحكم شرعى جاء به القرآن ، ذلك لأن عمر رأى أن الحكمة التي أدت الى تقرير ذلك الحكم الشرعى قد زالت ، لذلك قرر أن الحكم يجب أن يزول بزوالها ، بعبارة أخرى أنه عمل بروح النص لا بظواهره أو بحرفيته . أما عن تلك الحكمة فقد كانت حاجة المسلمين في ذلك الحين الى المعصدين والمؤيدين ، فقد كانوا - في بداية عهدهم - على ضعف وقلة عدد ، فلما أن أصبح المسلمون ذوى عدد عديد وذوى قوة وبأس شديد رأى عمر أنهم لم يعودوا بحاجة الى المعصدين والمؤيدين من تلك الطائفة التي تدعى « بالمؤلفة قلوبهم » فقد قال عمر عنهم : « ان الله قد أعز الاسلام وأغنى عنهم » - من ذلك يتبين أن عمر قد فسر النص طبقاً لروح التشريع أى طبقاً لحكمته ، لذلك رأى أن يزول الحكم الشرعى لزوال حكمته ، ونزولا على ما تقتضى به المصلحة . وعلى ذلك جرى اجماع الصحابة (١) .

(١) راجع « السياسة الشرعية والفقه الاسلامى » ص ١٥ للأستاذ الأكبر الشيخ عبد الرحمن تاج ، و« تحليل الأحكام » ص ٣٧ ، ٣٨ للأستاذ الشيخ شلبى ، و« دولة القرآن » ص ١٥٢ - ١٥٤ الشيخ طه عبد الباقي سرور - ولقد لاحظنا اختلافاً يسيراً بين المؤلفين اللذين نقلنا عنهم هذه الحادثة ، فبعضهم قدروها باعتبار أن اعتراض عمر قد حدث في عهد خلافة ، والبعض الآخر رواها باعتبار حدوث ذلك الاعتراض في عهد خلافة أبي بكر وأن أبا بكر عدل عن خطئه ونزل على رأى عمر ، وقد أثرتنا الآنسة بالرواية الأولى ، والخلاف بين هاتين الروايتين لا يثير من جانبنا - على أى حال - الا التليل بل التفتيل من الاهتمام فى مثل هذا المقام .

(ج) أن عمر اتبع - في خلافته - طريقة بصدد تقسيم الغنيمة في الحرب ، خالف بها الطريقة التي جرى عليها الرسول ، نظراً لما تبين له من أنه لو اتبع طريقة الرسول لأصاب الأمة - في الظروف التي تحيط به (بعمر) - ضرر كبير (١) .

(د) أن عمر نهي عن قطع يد السارق في عام المجاعة ، مع أن النص عام شامل لا يفرق بين زمن الرخاء أو زمن القحط والمجاعة ولكن عمر فهم أن الجزاء الشديد لا يبرره إلا أن يكون السارق قد سرق لغير حاجة ، أما إذا حل به العوز والجوع فإن العدالة تقضي بعدم استحقاقه لذلك الجزاء . تغيرت الظروف فرأى عمر أن يتغير الحكم رغم صراحة النص (٢) .

(هـ) أن عمر نهي - في بعض الظروف - عن زواج المسلم بالكتانية مع أن أحكام الدين تقرر مثل هذا الزواج (٣) .

(و) كان رسول الله يأذن للنساء بالصلاة في المساجد ، واستمر الحال على ذلك بعد وفاته. حيناً من الوقت ، ثم جاء حين من الزمان

بنو ويحيد بننا حنا أعيراً أن نشير. الف. مابورد. في كتاب « الإمارة الإسلامية في عز العرب » للأستاذ محمد كرد حل (وزير معارف سوريا وعضو المجمع العلمي سابقاً) ص ٧٠ عن « المؤلفات » أنهم « أنهم في عهد الرسول وأحد وثلاثون رجلاً من سادة العرب تألفهم الرسول وتألف بهم قلوبهم ليرغبهم في الإسلام ، وكل منهم سيد في قومه مطاع فيهم ، فكان منهم العالم وأخطيب والشاعر والداعية ، قال صفوان ابن أبيية : « لقد أعطاني رسول الله يوم حنين وانه لن أقبض الناس إلى فاز ال يعطيني حتى أنه لن أحب الناس إلى » .

(١) ، (٢) راجع في ذلك للأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبي رسالة قيمة بعنوان « تحليل الأحكام » عرض وتحليل لطريقة التحليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد (طبعت بمطبعة الأزهر ١٩٤٩) ص ٤٨ ، ٦٢

(٣) راجع بحثاً بعنوان : « الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبي ، نشر بمجلة الحقوق العدد الأول والثاني من السنة التاسعة (١٩٥٩-١٩٦٠) حيث يقول (ص ١٦٩) بأن عمر كتب إلى حنيفة لما تزوج يهودية « أن خل سيبلها فأني أخاف أن يقتدى بك المسلمون فيشتاتوا نساء أهل الأمة لهماطن ، وكفى بذلك فتنه للنساء المسلمين .

تغيرت فيه أحوالهن وأخلاقهن فاختلفت الصحابة في أمر
منعهن من الذهاب الى المساجد ، ولقد كانت السيدة عائشة
أم المؤمنين تؤيد رأى المانعين (١) .

٤ - التشريع الإسلامى فى العصر الحديث - وما يدل على مسايرة
الشريعة الإسلامية لمختلف ظروف الزمان وملاءمتها ، لمختلف ظروف البيئة والمكان
أننا نجد فى العصر الحديث أن القانون المدنى الذى طبق تحت اسم « المحلة »
فى عهد الامبراطورية العثمانية كان عبارة عن تقنين (Codification)
لمذهب الامام أبى حنيفة وقد كان مطبقاً منذ عام ١٨٦٩ على رعايا تلك
الامبراطورية العثمانية سواء كانوا من المسلمين أو غير المسلمين ، وقد
ظل مطبقاً على بعض أجزاء تلك الامبراطورية (سوريا ولبنان) حتى بعد أن
زالت عنها السيادة العثمانية وخضعت تحت نير الاستعمار « الانتداب »
الفرنسى ، وذلك حتى أدخلت تعديلات جديدة على التشريع هناك عام
١٩٣٢ (٢) - ونجد المسيحيين الذين يقطنون تلك البلاد الخاضعة لذلك
« الانتداب » (أو الاستعمار) الفرنسى قد اقتبسوا من المذهب الحنفى الأحكام
الخاصة بالمواريث وجعلوها قانوناً من قوانين الأحوال الشخصية الخاصة
بهم (٣) .

وما يؤيد ما قلنا أن القانون المدنى المصرى القديم وقد كان مطبقاً
على جميع المصريين على اختلاف دياناتهم وعلى جميع الأجانب على اختلاف

(١) راجع البحث السابق ذكره « الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شامى
حيث يقول (ص ١٣٥) عن السيدة عائشة أنها قالت : « لو أدرك رسول الله ما أحدث النساء
لمنعن المساجد كما منعت نساء بنى اسرائيل » .

(٢) راجع فى ذلك تقرير الأستاذ العميد على بنوى الى مؤتمر القانون المقارن ببلده
(السابق ذكره) ص ٢٣

(٣) ذلك هو ما ذكره الأستاذ شكرى قرادعى (وهو مسيحى) فى تقريره الذى قدمه الى المؤتمر
بصفته عضواً فيه مندوباً عن بلاده (لبنان) - وقد أشار الى ذلك الأستاذ على بنوى فى تقريره
صفحة ٢٣

جنسياتهم ، ذلك القانون ولو أنه كان مقتبساً من القانون المدني الفرنسي كان يتضمن غير القليل من أحكام الشريعة الإسلامية (١) .

وفي مصر سار العمل لدينا على الأخذ بفقه المذهب الحنفي وحده حتى سنة ١٩٢٠ في قضاء المحاكم الشرعية (في شأن الأحوال الشخصية والوقف والحكر) وفي الإفتاء . ثم أدخلت على هذا المذهب بعض تعديلات مقتبسة من فقه المذاهب الأخرى (الأربعة) وبخاصة مذهب مالك ، وكان ذلك عام ١٩٢٠ - وقد توالى بعد ذلك القوانين التي خرج بها المشرع عن المذهب الحنفي بل وعن المذاهب الأربعة إلى مذاهب أخرى كذهب الامام ابن تيميه (٢) .

على أننا نجد أنه رغم إلغاء المحاكم الشرعية وإحالة اختصاصاتها إلى المحاكم المدنية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فإن القاضي لا يزال حتى اليوم مقيداً بالرجوع إلى فقه مذهب الامام أبي حنيفة (أرجح الأقوال فيه) في مسائل الأحوال الشخصية والوقف ، ولكن ذلك إنما يكون في الحالات التي لم يتناولها تشريع خاص ، وهناك - كما قدمنا - غير قليل من المسائل (المتعلقة

(١) ويفضيت الأستاذ على بلوى (ص ٢٣ ، ٢٤) إلى ما تقدم أن الأستاذ الإيطالي السيد *Dèl Vecchio* (متنوب إيطاليا في المؤتمر) أشار إلى « الصبغة المدنية والتقدمية » *du caractère la fois scientifique et progressiste* للشريعة الإسلامية ، كما أشار إلى ذلك التولون الذي ألقاه رجال الفقه الإسلامي بين ضرورة احترام أحكام الشريعة وضرورة أن يكون التشريع متلائماً مع مطالب الحياة المتجددة .

(٢) ففي عام ١٩٢٩ صدر قانون اقتبس كذلك من المذاهب الأربعة الأهم إلا في مسألتين (تصلقان بالطلاق) فقد خرج فيها القانون عن المذاهب الأربعة وأخذ فيها بمذهب ابن تيميه وتلميذه الامام ابن القيم ، وقد كانت هذه أول مرة فيها نعلم - أخذت المشرع لدينا الجرأة فخرج عن دائرة المذاهب الأربعة إلى مذاهب أخرى .

وفي عام ١٩٤٣ وعام ١٩٤٦ صدرت قوانين خاصة بالمواثيق والوصية والوقف خرج فيها المشرع كذلك عن دائرة المذاهب الأربعة .

راجع فيما تقدم كتاب « المدخل » (المرجع السابق) للأستاذ الشيخ شلبي ص ٩٧ - ٩٩ .

بالأحوال الشخصية والوقف (خرج فيها المشرع عن دائرة المذهب الحنفي بل وعن دائرة المذاهب الأربعة جميعاً) (١) .

ومعلوم أن المادة الأولى من القانون المدني المصري اعتبرت مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي ثالث للقانون المدني . وبهذا يعد الفقه الإسلامي من مصادر القانون المدني ، لأن استخلاص مبادئ هذه الشريعة إنما يتم في الواقع عن طريق الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي (٢) .

(١) فقد نصت المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (التي سقت الإشارة إليه) بأن « تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتي كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية » أما المادة ٢٨٠ المذكورة فهي تنص على أنه « تصدر الأحكام طبقاً للمدونة في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ، ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة ، فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد » .

راجع فيما تقدم « أصول القانون » للأستاذ الدكتور كبره ص ٢٦٤ ، و « المدخل للعلوم القانونية » (طبعة ١٩٦٥) ص ٣٠٤ - ٣٠٦ للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر أوى .

(٢) على أنه يجب في هذه الحالة - كما يقول الأستاذ الكبير الدكتور السبوري - مراعاة أمرين جوهريين :

« الأمر الأول - هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي ، فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ بها ، ولا محل للوقوف عند أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة ، وبإل ولا للتقيد بالمذهب الحنفي في جلته . ولعلنا نذهب إلى مدى أبعد فنقول أنه لا موجب لتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة فهناك مذاهب أخرى ، كذهب الزيدية ومذهب الإمامية ، يمكن الانفتاح بها إلى حد بعيد .

« الأمر الثاني - (كما يقول أيضاً الأستاذ الكبير) هو أن يراعى في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جلته . فلا يجوز الأخذ بمحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ حتى لا يفقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه . وفيما قدمناه من الرخصة في الأخذ بمذاهب الفقه جميعاً ، دون تمييز بين مذهب ومذهب ، ما يجعل تحقيق هذا التنسيق ميسوراً ، فلا يفضل الباحث في تفصيلات الفقه الإسلامي ولا يختار منها إلا ما يتسق مع المبادئ العامة للتشريع المدني » راجع مؤلف الأستاذ الدكتور السبوري « مصادر الالتزام » الجزء الأول ص ٤٩ ، ٥٠ - وكان ذلك نقلاً عن كتاب الأستاذ الدكتور البدر أوى : « المدخل للعلوم القانونية » ص ٣٤٣ .

ولا يفوتنا أخيراً أن نذكر أننا نجد - بالنسبة للوقف - أن الشريعة الإسلامية تطبق في مصر في مسائله على الأجانب والمصريين على اختلاف عقائدهم الدينية ، وذلك لأن الوقف نظام تأصل لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ولأنه لا يتصل بالعقيدة الدينية (١) .

الخاصية الرابعة :

الخاصية الرابعة للشريعة الإسلامية أنها ليست ذات صبغة اقليمية ، أو بعبارة أخرى أنها ذات صبغة عامة (لجميع البشر) أى عالمية .

هذه الخاصية تختلف الشريعة الإسلامية بها اختلافاً كبيراً عن التشريعات الأخرى الوضعية التي يراعى فيها إنما توضع للدولة معينة تحدد باقليم معين أى ذات حدود جغرافية معينة ، فالقانون الوضعي في كل دولة يسرى على الأفراد في حدود اقليم معين ، أو على المواطنين الذين ينتمون الى جنسية معينة ، أما الشريعة الإسلامية فهي ذات صبغة عالمية ، اذ أن أحكامها - كقاعدة عامة- إنما وضعت لجميع البشر في جميع الأمكنة ، بل والأزمنة ولذلك جاءت أحكامها (كما قلنا وبيننا تفصيلاً) في المسائل القانونية ذات صبغة كلية « فليس من المقول - كما يقول الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت أن تعرض شريعة جاءت على أساس من الخلود والبقاء والعموم لتفصيل أحكام الجزئيات التي تقع في حاضرها ومستقبلها » (٢) .

(١) راجع في ذلك ، ولزيادة التفصيل : « أصول القانون » للدكتور كبره ص ٣١٨-٣٢٦ وكذلك « نظرية القانون » للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي طبع ١٩٥٤ ص ١٦٦ - ١٦٨

(٢) « الإسلام عقيدة وشريعة » للأستاذ الشيخ شلتوت ص ٤١٧ ويقول الإمام ابن القيم في مؤلفه « أعلام المرقين » ص ١٦٤ « أن دعوة الرسول صل الله عليه وسلم عامة لمن كان في عصره ولمن يأتي بعده الى يوم القيامة ، والواجب على من جاء بهد الصحابة هو الواجب عليهم بعينه وأن تنوعت صفاته وكفايته باختلاف الأحوال » .

ويقول الدكتور محمد البهي (في مؤلفه السابق ذكره صفحة ١٣٧) « أن هذه المبادئ الإسلامية ليست لها طبيعة التوقيت ولا الخصرص المكاني أو الزماني فهي للناس كافة وللانسانية في أزمنتها المتتالية ، وفي جميع بقاعها ، ومقتضى ذلك أنها صالحة لتناول أحداث الحياة وصبغها بالصبغة الإسلامية وأنها صالحة كذلك لتوجيه الانسان في الحياة في ظروف هذه الحياة المختلفة » .

الرد على اعتراض — على أن بعض العلماء يعترض على هذه النزعة العالمية للشريعة الاسلامية ، ويرى أنه اذا صح أن تلدين البشرية كلها بدين واحد الا أنه ليس مما تقبله العقول أن نقول بأن العالم يمكن أن يخضع لحكومة واحدة ، وتشريعات واحدة، فذلك يعد أمراً لا يتلاءم مع الطبيعة البشرية ، إذ أن التشريع لا يمكن أن نكون له صبغة العموم أى صبغة عالمية الا اذا كان جميع البشرية تخضع لحكومة واحدة أى حكومة عالمية ، ويرى هذا البعض أن الدين الاسلامى لم يدع الى وحده الدولة . ذلك هو ما يراه أحد علماء الأزهر الأجلاء الأستاذ الشيخ على عبد الرازق (١) .

ويبدو لنا أن الأستاذ الجليل قد فاتته أمور كثيرة :

فاته (أولاً) أن بعضاً من كبار المفكرين بل والعابرة في العصر الحديث (وعلى رأسهم اينشتاين) وبعضاً من كبار الساسة الغربيين (وعلى رأسهم المستر أنلى زعيم حزب العمال البريطانى ورئيس الوزارة البريطانية سابقاً) في مقدمة من ينادون بضرورة الأخذ بفكرة الحكومة العالمية على اعتبار أنها الوسيلة الوحيدة للبقاء على البشرية والمدنية واتقاهما من حرب عالمية فيها القضاء لهما — فالواقع أن البشرية أصبح عليها في العصر الحديث أن تختار بين أحد أمرين : اما حكومة عالمية أو حرب عالمية . فكل ما ينادى به ساسة الدول في العصر الحديث من اجراء مفاوضات أو عقد اتفاقات لتخفيف حدة التوتر الدولى أو لنزع السلاح الخ ، إنما يعد ذلك كله في الواقع نوعاً من أنواع المسكنات لما تعانیه البشرية أو وسيلة من وسائل تأجيل تلك الحرب المرتقبة أى تلك الكارثة العالمية ، ولربما يقدر لذلك كله

(١) راجع « الخلافة وأصول الحكم » للأستاذ على عبد الرازق حيث يقول ص ٧٧ « أن القرآن لم يدع الا الى وحدة في الدين دون وحدة في الدولة، لم يدع إلا الى رباط القلب دون رباط السلطان وتكتل الجماعة » — ويقول ص ٧٨ ، ١٠٣ : « معقول أن يؤخذ العالم كله بدين واحد وأن تنظم البشرية كلها وحدة دينية ، فأما أخذ العالم كله بحكومة واحدة وجمعه تحت وحدة سياسية مشتركة ، فذلك مما يوشك أن يكون خارجاً عن الطبيعة البشرية » .

أن يكون بمثابة التمهيد لاقامة تلك الحكومة العالمية التي هي وحدها — كما قدمنا
وكما سنبين تفصيلا — الوسيلة لانتفاذ البشرية والمدنية مما يهددهما معاً بالفناء .

كما فاته (ثانياً) أن الأخذ بفكرة قيام حكومة عالمية لا يتعارض بتاتاً
مع أن يكون لكل شعب من الشعوب من الأنظمة السياسية والاجتماعية
(أى ومن التشريعات) ما يتلاءم مع ظروفه الخاصة، ففكرة الحكومة العالمية
— كما ينادى بها بعض كبار المفكرين والسياسيين في العصر الحديث —
انما تعنى تكوين دولة فيدرالية (أو تعاهدية) عالمية . واذا كان قيام دولة
فيدرالية صغيرة مثل جمهورية سويسرا لم يكن حائلا دون أن يكون ثمة
اختلاف كبير بين أنظمة وتشريعات الولايات cantons المكونة لها فمن
باب أولى أن اختلاف الأنظمة بين الدول لا يحول دون قيام حكومة عالمية
فيدرالية (١) .

فالقول بأن قيام حكومة عالمية يعد من الأمور التي لا تستسيغها العقول
أو من الأمور التي لا تتفق مع الطبيعة البشرية هو قول جانبيه الصواب ،
وكل ما يصح أن يقال هو أن قيام حكومة عالمية يعد في الظروف الحالية
أمراً بعيد الاحتمال ، ولكن كل ما في الوجود يتطور ويتغير حتى الصخور
كما يقول علماء الجيولوجيا ، ولنكم يبين لنا التاريخ أن أمراً من الأمور
يعد في عصر من العصور بعيد الاحتمال بل وقريباً من الخيال، ثم يبين لنا كيف
يصبح بعد حين إحدى الحقائق الواقعية بعد أن كان من قبل إحدى الأمور
الخيالية .

(١) يلاحظ أن بعض الولايات أو الدويلات السويسرية Cantons (التي يسميها عادة فقهاء
القانون الدستوري لدينا خطأ « مقاطعات ») هي ذات نظام « ديمقراطي مباشر »، وعدد تلك الولايات
خسة ، وفي هذا النظام لا يوجد برلمان كما هو معروف وإنما تعرض مشروعات القوانين مباشرة
على الشعب أو بعبارة أخرى على « جمعية الشعب » التي تتكون من جميع أفراد الشعب (داخل الولاية)
من يتمتعون بالحقوق السياسية — أما بقية الولايات السويسرية (وعندها ١٧) فأنظمتها هي المعروفة
باسم الديمقراطية شبه المباشرة، ونجد في جمهورية الاتحاد السوفييتي كذلك اختلافا غير يسير بين أنظمة
مختلف الولايات فمثلا نجد بعض الولايات المكونة للاتحاد السوفييتي (وعندها ١٦) ذات شكل
فيدرالي ، بخلاف غيرها من الولايات .

وفاته (ثالثاً) أن الشريعة الإسلامية إنما تنطوي (اللهم الا في القليل. النادر) على قواعد وأحكام عامة كلية وعلى قسط كبير من المرونة يسمح بملاءمتها لمختلف البيئات (كما بينا ذلك تفصيلاً في النبذة السابقة) (١).

وحسبنا هنا أن نذكر أنه بلغ من تلك المرونة أن وجدنا أحد الخلفاء الراشدين (وهو عمر بن الخطاب) كان يرى مراعاة « المصلحة » ولو خالفت النص ، وهو أمر لا نعرف له مثيلاً في الشرائع الأخرى (٢) .

أما القول بأن فكرة « الحكومة العالمية » أصبحت تعد في العصر الحديث إحدى الضرورات التي لا غنى للبشرية لأنها تعد في الواقع الوسيلة الوحيدة الأكيدة لحمايتها مما يهددها من فناء، فيبان ذلك تفصيلاً مما يخرج عن نطاق دراستنا هنا (٣) .

(١) راجع ص ١٨-٢٧

(٢) راجع ص ٢٢-٢٤

(٣) حسبنا هنا أن نشير في إيجاز الى أن هذه الحقيقة قد بينها بياناً وافياً الكاتب الأمريكي Emery Reves إمري ريفز وذلك في كتاب له وضعه في أمريكا في ربيع عام ١٩٤٥ وقد ترجم الى الفرنسية وطبع بباريس عام ١٩٤٦ بعنوان *Anatonie de la paix* (أي « تشريح السلام ») وقد أحدث هذا الكتاب لدى ظهوره هزة كبرى في البيئات العلمية والسياسية ، في الدول الغربية، إذ كان ظهوره قبيل نهاية الحرب العالمية الأخيرة .

ولقد سبق لنا أن نخصت فكرة هذا الكاتب في محاضرة ألقيتها بالفرنسية بعنوان: *Le Gouvernement mondial* (« الحكومة العالمية ») في جمعية مصر - أوروبا بالاسكندرية في فبراير سنة ١٩٤٩ . وتتلخص فكرة هذا الكاتب في أن قيام حكومة عالمية هو السبيل الوحيد لمنع الحروب « أن الحروب لا يرجع مصدرها - كما يقول - الى العوامل الاقتصادية أو الدينية أو السياسية أو النفسية أو الجغرافية ، كما يقال عادة . ان هذه العوامل ما هي الا عوامل لها أثرها ولكن بصورة غير مباشرة ، وهي وحدها أو بعضها أو مجتمعة كلها غير كافية لانفجار بركان الحروب . أما العامل أو السبب المباشر والأساسي لاضرام نيرانها فأنما يتلخص في وجود وحدات قومية لكل منها سيادة فوق بقعة معينة من الأرض وبناء على ذلك لكل منها جيش خاص بها خاضع لها ، وبعبارة أخرى أن ذلك العامل، أو السبب المباشر الأساسي يتلخص في وجود دول ، فهذه الدول لابد أن تحدث بينها منازعات ، ولا بد أن تؤدي هذه المنازعات الى حروب ، ويبين لنا التاريخ أن حروباً نشأت قديماً بين مدن *Cités* كما نشأت بين أقاليم (تمد اليوم بمثابة محافظات أو أجزاء من قطر =

الخاصية الخامسة :

هى التسير والتخفيف — هذه الخاصية من خصائص الشريعة الاسلامية
هى ما يعبر عنها أحيانا فقهاء الشريعة « بنفى المرجع » (١) وتنبئ عن هذه
الخاصية كثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية يذكر عادة في مقدمتها

== (واحد من الأقطار) وذلك حينما كانت تلك المدن أو الأقاليم تكون كل منها دولة ذات سيادة مستقلة
و ذات جيش خاص بها ، فلقد نشبت فيها مضى حروب بين إنجلترا واسكتلندا ، كما نشبت بين
بروسيا وساكس saxe ، ولقد انتهت تلك الحروب في اليوم الذى تكونت فيه حكومة عليا
هى حكومة إنجلترا في الحالة الأولى وحكومة ألمانيا في الحالة الثانية . وكذلك نجد أن الحكام
الاقطاعيين seigneurs في القرون الوسطى لم يكنوا عن محاربة أسلمهم الآخر الا في اليوم
الذى انتهت فيه سيادة كل منهم ولم يعد له جيش خاص به ، وتكونت حكومة عليا فوق أولئك الحكام
الاقطاعيين وهى حكومة الملك ، وكذلك فإن الحروب لا يمكن أن نطمئن الى زوالها بين الدول
الا اذا زالت حكومات تلك الدول وسيادتها وتكونت فوقها حكومة عليا هى الحكومة العالمية
التي تملك وحدها جيوشا تحت سلطانها . تلك هى خلاصة فكرة ذلك الكاتب الأمريكى . ويجدر بنا هنا
أن نبدي الملاحظات التالية :

(أولا) يبدو لنا أنه وان كانت فكرة هذا الكاتب فكرة سليمة قوية الا أننا نلاحظ
أنه يخلط بين الوسائل وبين الأسباب أو العوامل ، فلم يكن من صواب الرأي ما ذكره من أن الأسباب
أو العوامل الاقتصادية أو السياسية الخ هى عوامل « غير مباشرة » لانفجار بركان الحروب ،
أما العامل المباشر لانفجار بركانها هو قيام دول لكل منها جيش خاص بها أو بالانحياز وجود
جيوش . والصحيح أن تلك العوامل هى عوامل « مباشرة » ، وأن الجيوش ليست الا مجرد أداة
أو وسيلة لقيام الحروب ، فوجود تلك العوامل أو الأسباب دون وجود الوسيلة لا يؤدي بداهة
الى قيام الحروب. فلو أنه أمكن القضاء على الجيوش (أو أمكن ما يطلق عليه اليوم « نزع التسليح »)
لأمكن بلا ريب أن نأمن قيام الحروب .

(ثانياً) نلاحظ أن القائلين بانشاء حكومة عالمية لا يقصدون بذلك أن تحكم العالم دولة من
الدول الكبرى ، انما يقصدون أن تحكم دول العالم ملطة عليا على مثال تلك السلطة التي تحكم دولة
فيدرالية (تأملدية) ، بعبارة أخرى أنهم يقصدون أن تكون دول العالم دولة واحدة فيدرالية
بحيث تصبح الدول الحالية مجرد دويلات أو ولايات في تلك الدولة الفيدرالية العالمية .

(ثالثاً) نلاحظ أيضاً أن ذلك الكاتب ظهر قبل اختراع القنبلة الهيدروجينية ، والصواريخ
هاربة القارات وغيرها ، ولعل في اختراعها وما تحمله في طيها من دمار للعالم ومن هلاك للذئاب
والمنغلوب ، لعل في ذلك الخطر المشترك أو الخطر العالمى ضيقاً لتحقيق سلم « الحكومة العالمية »
ولطالما حققت الأيام ما كان يعد يوماً حلماً من الأحلام .

(١) راجع « وسطية الاسلام » للأستاذ الشيخ محمد محمد المدني (عميد كلية الشريعة) ص ٤٨

الآيتين الكریمتان : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » ، « وما جعل عليكم في الدين من حرج » . ان هذين النصين (أو هاتين الآيتين) يجب أن تبقى سيطرتهما تامة على جميع التشريع الاسلامي - كما يقول الأستاذ الأكبر الشيخ المراغي - فأذا وجدنا أن العمل بالنصوص الخاصة بمسألة من المسائل من شأنه أن يؤدي الوقوع في الحرج كان واجبا (كما يقول) ألا تطبق النصوص الخاصة على تلك المسألة ، وانما يطبق ذلك النص العام الموجب لنفي الحرج (١) .

ومن قواعد الفقه « المشقة تجلب التيسير » ، « اذا ضاق الأمر اتسع » (٢) .
وأن من فقهاء الشريعة من يذهبون الى أبعد من ذلك فيقولون بأن أمراً أوجبه الشرع قد ينقلب الى أمر يحرمه الشرع اذا ترتب على تنفيذ هذا الأمر حرج أو أذى أو فتنة (٣) .

(١) « الاجتهاد في الاسلام » ص ٥١ للأستاذ الأكبر الشيخ المراغي

ويذكر عادة الى جانب هاتين الآيتين الكریمتين آيات أخرى تزيده عن هذه الخاصة (خاصية التيسير والتخفيف أو « نفي الحرج ») منها قوله تعالى : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الانسان ضعيفا » ، وقوله : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » - ومن الأحاديث النبوية التي تذكر هذا الصدد قول الرسول : « عليكم من الأعمال بما تطيقون » - ولقد أوصى الرسول معاذاً وأبا موسى الأشرقي حين وليا القضاء بقوله : « يسراً ولا تمسراً وبشراً ولا تنفراً » .
كما ورد في الحديث النبوي : « ... فأذا أمرتكم بشئ فخذوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه » .

راجع فيما تقدم « علم أصول الفقه و خلاصة التشريع الاسلامي » للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٢٨٩ ، وكتاب « وسطية الاسلام » للأستاذ الشيخ محمد محمد المدني ص ٨٥ ، وقيل الأحكام » للأستاذ الشيخ محمد شلبي ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ ، وكتاب « ابن حزم » للأستاذ الشيخ أبو زهرة (طبعة ١٩٥٤ ص ٣٤٧) .

(٢) تحليل الأحكام (المراجع السابق) ص ٣٠٤ - وراجع « المستعجن في علم الأصول » للامام الفخراني (طبعة ١٩٣٧ ج ١ ص ١٣٨) حيث يقول : « المشقة سبب الرخصة » .

(٣) « وسطية الاسلام » (المراجع السابق) ص ٨٦ - ويضيف المؤلف الى ذلك قوله « وأن الأمور بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان » ، ولكن إذا كان انكار المبتكر يستلزم ما هو أكثر منه وأنقض الى الله ورسوله فإنه لا يسوغ انكاره » .

والواقع أننا إذا أخذنا بالمصادر المعروفة في الشريعة الإسلامية - فضلاً عن القرآن والسنة - (كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة الخ) بمثل روح المرونة وسعة الأفق التي كان يستهدى بها كبار الصحابة والفقهاء حتى عصر كبار أئمة المذاهب الفقهية ، لما وجدنا - كما يقول بحق بعض علماء الشريعة - في الفقه الإسلامي حرجاً ولا مشقة (١) .

أُسَدُ - وهناك أمثلة كثيرة تدل على أن الأحكام الشرعية تأخذ بهذه الخاصية أو بهذا الأصل من أصول الشريعة الإسلامية : نذكر منها أن الله شرع الصيام ورخص في الفطر للمسافرين والمرضى ، ومنها أنه حرم أشياء في حال السعة وأباحها في حال الضرورة ، كأباحة أكل لحم الخنزير والميتة وغيرها من المحرمات في حال الضرورة (٢) .

وفي ناحية المعاملات نجد اليسر شاملاً ، فليس هناك لإجراءات رسمية أو شكلية يجب إتباعها ليكون العقد صحيحاً كما كان الأمر عند الرومان ، بل تكفى في هذا رغبة المتعاقدين فحسب كما هو معلوم .

ومن باب التيسير في المعاملات أيضاً إبتناء كثير من الأحكام على العرف الصحيح شرعاً .

(١) راجع في ذلك البحث السابق الإشارة إليه « الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلى حيث يقول (ص ١٤٦) : « إذا ما جاوزنا دائرة النصوص (يعني القرآن والسنة) وبمينا نحو المصادر الأخرى التي تدخل في تفسير النصوص وجعلناها زائفة الرحاب تجعل من الفقه الإسلامي فقهاً واقعياً بكل ما تحمل هذه الكلمة من معان جلية فن إجماع إلى قياس إلى استصلاح إلى استحسان إلى غير ذلك .

« وهذه المصادر لو استعملت على وضعها السليم الذي سار عليه الرعيل الأول من فقهاء الإسلام من لدن الخلفاء إلى عصر تكوين المذاهب الفقهية لما وجد العاطلون بهذا الفقه حرجاً ولا مشقة ولما ضاقت عنهم من تقبل كل جديد مقبول » .

(٢) في المثال الأول وردت الآية الكريمة : « ومن كان مريضاً أو حل سفر فعدة من أيام أخر ، يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » . وفي المثال الثاني وردت الآية الكريمة : « إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ، أن الله غفور رحيم » - راجع فيما تقدم « وسطية الإسلام » (المرجع السابق) صفحة ٨٥ ، ٨٦ .

وفي باب العقوبات نجد أن منها ما يسمى « بالحدود » وهي عقوبات الزنى والقتل والسرقة وشرب الخمر ، صيانة للنسل والعرض والمال والعقل . وفي هذا نجد الرسول يقول : « إدرعوا الحدود بالشبهات ما استطعتم » ، وفي بعض الروايات « إدرعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم » ، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة » (١) .

الخاصية السادسة - روح الاعتدال

أحكام الاسلام تسودها روح الاعتدال ، فهي تنبذ التطرف وتحبذ التوسط بين الأطراف . وقد وردت الكثير من الآيات القرآنية في مواضع مختلفة تشيد بهذه الروح أى بذلك التوسط ، منها قوله تعالى : « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس » . ويقصد « بأمة وسط » أمة لها طابع الاعتدال ، ويقصد بكون الأمة « شهداء على الناس » أن مقاييسها هي المقاييس الصحيحة وسننها هي السنن القويمة .

ومن تلك الآيات قوله تعالى : « ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط » (٢) .

ومن تلك الآيات التي تأمر بالأخذ بروح الاعتدال قوله تعالى : « يا بني آدم خلوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا واشربوا ولا تسرفوا أنه لا يحب المسرفين » (٣) .

(١) المدخل لدراسة الفقه الاسلامي (المرجع السابق ذكره) للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ١٢٩ .

(٢) ومنها قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله ... وكلوا مما رزقكم حلالا طيبا واتقوا الله الذي أنتم به مؤمنون » .

وفي ذلك يقول الأستاذ الشيخ محمد المصطفى : « ان القرآن الكريم يقرر بهذا مبدأ من أهم المبادئ الإسلامية التي يجعل الله بها المسلمين أمة وسطاً ليكونوا شهداء على الناس ، ذلك المبدأ هو مراعاة حق الفطرة الإنسانية والتي عن سلوك السبيل التي ملكها أهل الأديان السابقة أو بعض الفلاسفة ، من تغليب النفس وحرمانها من الأخذ بما يلائم الفطرة وتحقيق المتاع الجسدي الطبيعي ، فالقرآن الكريم يبتل هذا في قوة وسزم » .

راجع فيما تقدم « وسطية الاسلام » (المرجع السابق) ص ٧ ، ٨ ، ١٣ ، ٢٠ ، ٢٨ .

(٣) راجع بحث « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » ص ١٢٥ .

المبحث الثاني

مصادر الشريعة الإسلامية

(كما يبينها الأصوليون من علمائها)

تمهيد - ذكرنا فيما تقدم أننا قبل أن نعرض لبحث مصادر المبادئ أو الأحكام الدستورية (أو مصادر القانون الدستوري) في الشريعة الإسلامية يجدر بنا أولاً أن نعرض لبيان مصادر تلك الشريعة كما يبينها علماؤها .

فإذا نحن رجعنا الى علماء الشريعة (أو علماء الأصول) فأننا نجدهم يصدد الكلام عن مصادر الشريعة الإسلامية أو « أدلة الأحكام » (كما يطلق البعض عليها منهم) يذكرون أن ثمة مصادر متفقا عليها ، ومصادر مختلفا بشأنها .

المصادر المتفق عليها والمصادر المختلف بشأنها - أما المصادر المتفق عليها فهي أربعة : القرآن ، والسنة ، والاجماع ، والقياس . أما تلك المصادر المختلف بشأنها بين فقهاء الشريعة فأشهرها ستة : العرف ، والاستحسان ، والمصالح المرسله ، والاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الضماني (١) .

والآن نتقل الى الكلام - في إيجاز - عن كل من هذه المصادر المختلفة .

(١) « أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامي » (المرجع السابق) ص ٢٠ وما بعدها - و« سلم الوصول لم الأصول » للاستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ١٥٧ وما بعدها - وما يجدر ملاحظته أن التقسيم الذي أوردناه هو ما جرى عليه غالبية علماء الشريعة ، إذ يجب ألا يفوتنا أن نذكر أن « المصادر المتفق عليها » لم يتخلف فيها الأمن شذ كالاجماع والقياس ، و « المصادر المختلف عليها » لم يتفق علماء الشريعة (الأصوليون) على عددها ، فتم من عدة ستة ومنهم من جعله تسعة ومنهم من زاد على ذلك - راجع فيما تقدم بحث « الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبى ص ١٠٢

الفرع الأول - المصادر المتفق عليها

١ - القرآن

(١) ملحوظات وبيانات عامة :

١ - القرآن الكريم هو المصدر الأساسي الأول للشرعية الإسلامية، فهذه المصادر الأربعة مرتبة في قوتها وفقاً لذلك الترتيب الذي سبق بيانه: القرآن فالسنة فالإجماع ، فالقياس (١) ، على أن القرآن يعد المصدر الوحيد بالنسبة للعقيدة (٢) .

٢ - ويشار أحياناً إلى القرآن بكلمة « الذكر » أو « الكتاب » ، على أن كلمة القرآن أشهر من الكلمتين الأخريتين (٣) .

٣ - ومما يجدر ملاحظته أن الجانب الأكبر من الأحكام الشرعية الواردة في القرآن إنما نزل في المدينة (أي بعد الهجرة من مكة) ، أما مكة فلم ينزل بها سوى جانب يسير من تلك الأحكام ، إذ كان القرآن إذ ذاك - في بداية العهد بالرسالة النبوية - هدفه الأول هو الدعوة إلى الإيمان بوجود الله وتوحيده وعبادته ونهذ المعبودات التي كانت تعبد قبل الإسلام ودعوة الناس أن يعملوا حساباً ليوم الحساب وما فيه من ثواب وعقاب . ويلاحظ أن الأحكام الشرعية تبلغ من القرآن ثلثه أو تزيد قليلاً (٤) .

(١) « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر ص ١٥٧

(٢) « الإسلام عقيدة وشرعية » للأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت ص ٢٩٦

(٣) أما الإشارة إلى القرآن بكلمة « الذكر » فذلك كما في قوله تعالى : « انا نحن نزلنا الذكر وأنا له لحافظون » ، وأما الإشارة إليه بكلمة « الكتاب » فذلك كما في قوله تعالى : « كتاب فصلت آياته قرآناً عربياً » - على أن القرآن قد وردت فيه أحياناً كلمة « الكتاب » وكان يقصد بها الكتب السابقة التي نزلت على من سبق الرسول من الرسل (مثل عيسى وموسى) ، كما في قوله تعالى : « يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سوله بيننا وبينكم » ، وكما ورد في شأن عيسى عليه السلام : « قال انا عبد الله أتاني الكتاب وجعلني نبياً »

وأصح فيما تقدم « التشريع الإسلامي وأثره في الفقه العربي » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٧ ، و« سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر ص ١٦٣ ، ١٦٤

(٤) « التشريع الإسلامي وأثره في الفقه العربي » (المرجع السابق ذكره) ص ٧٤، ٦

٤ - وما تجدر ملاحظته أيضاً أن القرآن قد دون ونشر على المسلمين كافة بصورة قانونية (رسمية) بحيث أصبح من يسر الأمور على جميع المسلمين أيها كانوا أن يطلعوا على آياته ، ولكن ذلك لم يتم الا في عهد الخلفاء الراشدين ، أما في عهد حياة الرسول فإنه وأن كان قد اتخذ كتاباً لتدوين ما يوحى اليه من القرآن فإنه كان اذا أوحى اليه بآية أو آيات من القرآن قرأها على المسلمين فكتبها من حضر من كتاب وحيه أو من صحابته ، الا أن هذا التدوين كان موزعاً بين الكثيرين فلم تتكون منه مجموعة واحدة ، وقد كان بعضها مدوناً على الورق والبعض على سعف النخل ، كما كان البعض مدوناً على بعض الأحجار الرقيقة البيضاء .

فلما نشبت حروب الردة في عهد خلافة أبي بكر وأصبح الموت يهدد الكثيرين ممن يحفظون أو يحتفظون ببعض أجزاء مختلفة من القرآن ، أشار الصحابة على أبي بكر أن يجمع ما دون من القرآن ويكون من متفرقه مجموعة واحدة ، وفي سنة ٢٠ هـ قام الخليفة عثمان بن عفان بكتابة عدة نسخ من هذه المجموعة كما قام بنشرها بين المسلمين (١)

٥ - وأخيراً يلاحظ أن القرآن ولو أنه نزل بلسان عربي مبين الا أنه تضمن بعض كلمات غير عربية ولكنها كانت انتقلت الى العرب نتيجة مجاورتهم واختلاطهم بشعوب أخرى ، وعلى هذا نزل بها القرآن (٢)

(ب) خصائص القرآن

يمكننا أن نلخص أهم الخصائص فيما يلي :

الخاصية الأولى - نزول القرآن تدريجياً حسب الحوادث ومقتضى الحال - نزل القرآن على رسول الله تدريجياً في مدى نحو اثنين وعشرين

(١) لزيادة التفصيل راجع « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٢٩٧ - ٢٩٩

(٢) من ذلك كلمة « القصورة » فأنها من لغة الحبشة ويقصد بها الأسد ، وكلمة « القسطن » فهي من لغة الروم (الايطاليين) ويقصد بها الميزان ، وكلمة « السجيل » فهي من لغة الفرس ويقصد بها نوع من الحجارة - راجع في ذلك « الاسلام عقيدة وشريعة » للأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت ص ٤٠١ ، ٤٠٢

من السنين ، فكل حكم من الأحكام الشرعية الواردة فيه إنما شرع لحادث وقع فطلب تشريعا ، أو لسؤال وجه الى الرسول فطلب جوابا ، وفي ذلك اتباع لسنة التيسير ودفع الحرج عن المسلمين وبخاصة أن الاسلام جاء بمعتقدات وأوضاع وأنظمة جديدة لم يكن لهم بها من قبل عهد (١) — على أنه لم يكن من صواب الرأي ما يراه البعض (من الفقهاء الفرنسيين) من أن التشريع الاسلامي لا يجده قد تقرر في قواعد عامة (كما هو شأن القوانين الوضعية) ، وإنما يجده في قرارات فردية (تنطوي على أوامر أو نواهي) صدرت لمناسبة معينة (٢) « فالواقع أنه رغم صدوره في مناسبات معينة الا أنه يضع مبادئ وقواعد عامة » .

الخاصية الثانية — من خصائص القرآن أن الأحكام الشرعية الواردة فيه إنما جاءت بصورة عاملة كلية (أى أنها لا تعنى بالجزئيات والتفصيلات) اللهم الا في القليل النادر ، وذلك على وجه التفصيل الذى سبق لنا أن بيناه .

وحسبنا أن نضيف الى ما قدمنا أن ما ورد في القرآن من قوله تعالى : « ما فرطنا

(١) نذكر من أمثلة تلك الأحكام الشرعية التي أشرنا اليها قوله تعالى : « يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير » وقوله : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيها إثم كبير ومنافع للناس ، وإثمها أكبر من نفعها » — راجع فيما تقدم « أصول الفقه » للاستاذ الشيخ خلاف ص ٢٨٤ ، و « الاسلام عقيدة وشريعة » (المراجع السابق) ص ٣٩٩ ، و « التشريع الاسلامي » (المراجع السابق) ص ٧

— حل أنه يجب ألا يفهم مما تقدم أن جميع ما جاء به القرآن من الأحكام الشرعية العملية كان جديداً مبتكراً ، فقلد كان العرب من قبل صرف ومعاملات وأنظمة مختلفة ، وقد جاء الاسلام ليضفي مهذباً أو معدلاً ، وليضفي ملئياً أو مبدلاً كما أنه أبقى حل البعض الآخر اذا كان في ذلك مساهمة لمصالح الناس وكان لا يهدم أصلاً من أصول الدين ، فن ذلك مراعاة المعصية في الأوث والولاية ومراعاة الكفاية في الزواج — راجع في ذلك « الاسلام عقيدة وشريعة » للاستاذ الأكبر الشيخ شلتوت ص ٤٠٩ ، وكتاب « أصول الفقه » ص ٢٨٩ ، ٢٩٠

(٢) راجع مؤلف الأستاذ ميو Millioy ح (أستاذ الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق بباريس) بعنوان « المنهل للدراسة الشريعة الإسلامية » « Introduction à l'étude du Dr. Musulman » (طبع بباريس ١٩٥٣) ص ١٠٣

في الكتاب من شيء « لا يقصد به كما يظن البعض أن القرآن قد جاء بالأحكام لكل شيء . والصحيح أن القرآن إنما جاء ببيان كل شيء من أمور الدين ، ويقصد بتبينه لكل شيء أنه أتى بكليات عامة (١) .

المقدمة الثالثة - للقرآن نهج خاص في مخاطبة الناس وفي بيان الأحكام الشرعية وتعليلها :

ذلك النهج تتلخص أهم مظاهره فيما يلي :

(أولا) نجد القرآن - في ميدان العقيدة (ميدان الدعوة الى الايمان بالله ووحديته الخ) - كان يخاطب قلوب الناس أى عواطفهم ونزعاتهم الفطرية أكثر مما كان يخاطب عقولهم ، لذلك وجدناه لا يستعمل أسلوب رجال المنطق أو الفلسفة في خطابهم ، فالقرآن لم ينزل من أجل العلماء والفلاسفة وحدهم . فهو لا دائماً هم قلة ضئيلة ، وإنما نزل للناس جميعا ، ويكاد يكون الناس جميعا قد فطروا على الاعتقاد بوجود اله خالق لهذا العالم ، وان اختلفت أسماء الله عندهم واختلفت صفاته في عقيدتهم (٢) .

(١) راجع في ذلك كتاب « نقض كتاب الاسلام وأصول الحكم » للمفتور له الأستاذ الأكبر الشيخ محمد الحصري حسين (طبعة ١٣٤٤ هـ . صفحة ٣٠) حيث يقول : « معنى تبينه لكل شيء أنه أتى بكليات عامة وهي معظم ما نزل به ، وفصل بعض أحكام ، وأحال كثير من آياته على بيان أسس النبوة ، ثم أن الكتاب والسنة أرشدا الى أصول أخرى كالإجماع والقياس وغيرها... الخ »

(٢) ذلك هو ما ذكره الأستاذ أحمد أمين في مؤلفه القيم « ضحى الاسلام » ج ٣ (الطبعة السادسة ١٩٥٦ ص ١١) . حل أننا نلاحظ أن الجماعات البدائية (التي يطلق عليها علماء الاجتماع « العشائر التوتيمية clans totémiques » وهي تملد في نظرم أقرب الجماعات البشرية الى حالة البداءة والفطرة) لا تسودها مثل تلك العقيدة « بوجود اله خالق لهذا العالم » ، وإنما معبودها هو « التوتيم » totem والتوتيم عبارة عن حيوان أو نبات تعتقد الجماعة (العشيرة) أنها تولدت منه ، أى أنه بمثابة الجد الأعلى للعشيرة كما يمد بمثابة « شارة » بل و« معبود » لها كما أنها (أي العشيرة) تتخذ اسمها لها ، وهذا التوتيم هو عادة عبارة عن حيوان أو نبات ، فتجد مثلا في عشيرة « الذئب » أن كل فرد من أفراد العشيرة يعتقد أن الذئب (وهو التوتيم) هو الجد الأعلى للعشيرة كما أنه اتخذ اسما العشيرة ، كما أن له صنعة مقدسة دينية فهو موضع عبادة العشيرة ، ولكن موضع العبادة في الواقع ليس هو التوتيم ذاته ، وإنما موضع العبادة عبارة عن « قوة »

ولقد خاطب القرآن هذه النزعة القطرية بما يحجبها وينميتها ويقومها ، ويصلح ما قد يكون من فساد الاشرار فيها ، واذا عمد القرآن أحيانا الى الأدلة العقلية فإنه لا يثير المشاكل الفلسفية أو العقلية ، وانما يلجأ الى الدلائل البسيطة التي لا تتجاوز متناول عامة الناس ، كالاستدلال بما هو معروف من تنازع أصحاب السلطان اذا تعددوا « ولو كان فيهما آلهة الا الله لفسدنا » ، وقوله تعالى « ما اتخذ الله من ولد وما كان معه من إله ، اذا لذهب كل إله بما خلق ولعلا بعضهم على بعض » (١) .

== عليا « une force suprême » حلت - في اعتقادهم - في ذلك النوع (espèce) من الحيوان كما حلت في أفراد العنبرية أنفسهم (إذ أنهم يعتقدون أنهم أنفسهم من أصل التوهم وطبيعتهم) ، وهذه القوة العليا التي هي موضع العبادة والتي يعتقدونها قد حلت في التوهم اختلفت اسمائها باختلاف الجماعات البدائية فهي تسمى باسم شهر تعرف به في بعض الجماعات وهو « مانا » mana ومانا هي صورة من « الكا » ka المعروفة لدى المصريين الأقدمين حتى في عصر الفرعنة . الخلاصة أن التوهم (موضع العبادة) لم يكن يمد - في عقيدة تلك الجماعات البدائية - خالقا للعالم ، فقد كانت هناك عشرات مختلفة متعددة لها كذلك توائم مختلفة وكان لكل عشيرة توهم معبود خاص بها .

راجع في ذلك موضوع « أصل نشأة الدولة » في أي مؤلف من مؤلفاتنا في « القانون الدستوري » أو « الأنظمة السياسية » . ولزيادة التفصيل راجع كتابنا « المفصل في القانون الدستوري » الجزء الأول (طبعة ١٩٥٢) ص ٢٦٨ - ٢٨٢ عل أنه يجب ألا يفهم مما تقدم أننا نختلف في الرأي مع الأستاذ أحمد أمين خلافا كبيرا ، فالواقع أن الخلاف فيما بيننا هو خلاف يسير ، إذ أن الجماعات التي يعتمدها هذا الأستاذ الجليل - فيما يبدو - والتي جاء القرآن لينهاها لم تكن من طراز تلك الجماعات البدائية الحمجية (العشار التوثيمية) التي تحدثنا عنها والتي تمثل حالة المجتمع في أقدم عصور البشرية (أي في عصر ما قبل التاريخ أي ما قبل عام ٤٢٠٠ قريبا قبل الميلاد) ، والتي يمد أهم مثال لها في العصر الحديث جماعات الاستراليين الأصليين الحمجيين الذين لا يزالون يعيشون حتى اليوم في أواسط صحارى استراليا وتميش في عزلة تامة عن المدنية وعن الشعوب الأخرى . إنما تلك الجماعات التي يعتمدها الأستاذ الكبير كانت قد اجتازت مرحلة طويلة من التطور وبعثت سنوات طوالا عن تلك المرحلة البدائية الحمجية (التي كانت تحيها العشار التوثيمية في عصر ما قبل التاريخ) . وكل ما نراه أن تلك المرحلة البدائية الحمجية (التي كانت تحيها العشار التوثيمية) : أن الناس جميعا قد طغروا على نزعة العبادة ، لا أن يقول : « أنهم طغروا على الاعتقاد بوجود إله خالق لهذا العالم » اللهم الا اذا أنصف الى ذلك قوله بأنه يعنى : الناس أو الجماعات التي تقلعت مرحلة في طريق التطور وبعثت عن مرحلة الجماعات البدائية (العشار التوثيمية) .

(١) « ضحى الإسلام » ج ٣ ص ١١ - ١٢ (المزيج السابق) حيث يضيف الى ما تقدم قوله « فالقرآن لا يؤلف برأيه تأليف المنطقي من مقدمة صغرى وكبرى ونتيجة ، ولا يعرض لألفاظ ==

(ثانياً) في ميدان الأحكام الشرعية (أى فيها عدا ميدان العقيدة)
نجد القرآن قد سار - في بيان الأحكام وتعليلها - على النحو التالى :

(١) لم يلزم القرآن أسلوباً واحداً معينا في بيان تلك الأحكام الشرعية بل تنوعت أساليبه وتعددت صيغة عباراته في التعبير عن تلك الأحكام ، فالآيات التى جاءت مثلاً بتحريم أمر من الأمور نجدها أحيانا جاءت في صيغة النهى عنه ، وأحيانا نجدها جاءت بلهجة الوعيد في حال اتيانه ، وتارة لا تنطوى الا على مجرد إشارة الى التحريم .

والسبب الذى دعا الى ذلك التنوع في الأسلوب أن تلك الأحكام الشرعية قد شرعت - كما قدمنا - في أوقات مختلفة تبعا للحوادث وطوعا للمناسبات ، ولكل مناسبة أسلوب يناسبها ، ثم أن من معجزات القرآن - كما هو معلوم - بلاغته ، ومن البلاغة مراعاة المقام ومقتضى الحال (١) .

(ب) لم تكن صياغة تلك الأحكام جافة مركزة مجردة عن معاني الترخيب أو الترهيب ، كما هو شأن نصوص القوانين كما نعرفها (٢) وإنما نجد القرآن في مواضع كثيرة يأمر بالشىء مبيناً حسناته أو يحرم الشىء مبيناً سيئاته ، وذلك كما في قوله تعالى «وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به علو الله وعلوكم» (٣) .

= الفلاسفة من جوهر وعرض ونحوها، ولا يجدها ولا يثير المشاكل العقلية ويفصلها ويبين عليها، لأن الدين لم يأت للفلاسفة ولا للعلماء وحدهم، إنما اعتمد القرآن على الفترة والماطقة ، وهما قدر مشترك بين الناس جميعاً ، فمن ثم كان من آمن علماء وجهلاء وفلاسفة وغيرهم ، ولو اتبع الدين سبيل علم المنطق ما آمن الا القليل .

(١) راجع في ذلك « أصول الفقه » (المرجع السابق) للاستاذ الشيخ خلاف ص ٢٨٤ وما بعدها.

(٢) « الاسلام عقيدة وشرية » (المرجع السابق) ص ٤١٤ .

(٣) « تعليل الأحكام » للاستاذ الشيخ شبلى ص ١٥ - ١٧ ، ويضيف المؤلف الى ما تقدم =

(ج) وكذلك لم ينهج القرآن في بيانه لتلك الأحكام نهج المؤلفات القانونية ، التي تجرى سنة المؤلفين على تقسيمها الى أبواب وفصول ، فنجدها قد بويت تبويهاً ، ورتبت مختلف أجزائها بحيث نجد جميع الأحكام المتعلقة بشيء واحد ، قد وضعت في موضع واحد من المواضع ، وقد ذكر لبعضها ولو مرجع واحد من المراجع . ولكن القرآن قد سار على نهج غير ذلك النهج ، فنجد مثلاً قد أورد ما يتعلق بالطلاق وأحكامه وما يتعلق بالخمير وحرمتها بين الأحكام الخاصة بالقتال وشئون اليتامى (١) .

وحكمة ذلك — فيما نعتقد — ترجع الى ذات السبب الذي سبق لنا أن أشرنا اليه (نقلنا عن الأستاذ الشيخ خلاف) بصدد الحكمة في تنوع أساليب القرآن (٢) .

— أن هذه الآية لا تحض المسلمين على القتال (كما قد يظن البعض) وإنما تحضهم على مجرد اتخاذ المدة له لأن في ذلك ما يرهب أعداء المسلمين ويحول دون مهاجمة أولئك الأعداء لهم ، وذلك هو ما يستفاد من كلمة « ترهبون » .

ويذكر المؤلف مثلاً لما ورد في القرآن « بتحريم الشيء مبيناً سيئاته » قوله تعالى : « إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » ، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة ، فهل أنتم منتهون » .

(١) « الاسلام عقيدة وشرعية » المرجع السابق ذكره ص ١١٤

(٢) راجع ص ٢٢ الفقرة (أ) — على أننا نجد الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت يذكر (في مؤلفه السابق ص ٤١٥) سبباً آخر ، يتلخص في قوله (عن القرآن) « كأنه في ذلك أشبه ببستان فرقت ثماره وأزهاره جميع فواحيه ، حتى يأخذ الإنسان أنى وجد فيه ما ينفعه وما يشتهي من ألوان مختلفة وأهازج متباينة وثمار يعاون بعضها بعضاً في الروح العام الذي يقصده ، وهو روح التغذية بالنانع والمهابة الى الخير » — على أننا نقول — كما قلنا — السبب الذي سبق أن أشرنا اليه نقلنا عن الأستاذ الشيخ خلاف .

نتناول في هذا المبحث الكلام عن المواضيع التالية : التعريف - مشكلة تدوين السنة - أنواع السنة - مرتبتها - حجيتها - السنة والتفسير .

تعريف - يعرف فقهاء الشريعة السنة بأنها هي ما صدر عن الرسول من قول أو فعل أو تقرير . فالسنة « القولية » (على حد تعبير أساتذة الشريعة) هي ما يعبر عنها « بالحديث » . وأما السنة « التقريرية » فيقصد بها ما أقره الرسول بما صدر عن بعض أصحابه من أقوال أو أفعال ، وذلك بسكوته عنها وعدم انكاره لها ، أو بموافقة صراحة عليها واستحسانه إياها . وأما السنة الفعلية فيقصد بها ما يقوم به الرسول من أفعال تتصل بشعائر الدين (١) .

مشكلة تدوين السنة - لم تدون السنة حين صدورها عن الرسول ، ولم تجمع في مجموعة واحدة تعد مرجعا للمسلمين ، لا يختلفون عليها ، ويجمعون على ما جمعت من أحاديث بين جانبها ، كما كان الشأن بالنسبة للقرآن .

ولقد رغب الخليفة العظيم عمر بن الخطاب في تدوينها ، ولكنه ما لبث بعد أن فكر بعد حين ، أن ألفيناه وقد رغب عما كان يرغب فيه من أمر ذلك التدوين ، ذلك بأنه خشى أن يختلط الأمر على المسلمين ، فيخلطون بين السنة والقرآن ، إذا ما دون الاثنان . وهكذا انقضى عهد الخلفاء الراشدين ، بل ومضى بعد سنة الهجرة نحو مائة من السنين ، قبل أن يبدأ للسنة عهد التدوين .

(١) من أمثلة السنة « الفعلية » أداء الرسول للصلوات الخمس المفروضة بهياتها وعدد ركعاتها وكيفية وضوئه الخ . ومن أمثلة السنة « التقريرية » ما روى من أن معاذ بن جبل لما بعث به النبي إلى اليمن فأخبره أنه يم تقضى ؟ قال أقضى بما في كتاب الله ، قال « فان لم يكن في كتاب الله » ، قال فبسنة رسول الله قال : « فان لم يكن في سنة رسول الله . » قال أجهت رأيي ولا ألو فأقره الرسول على ذلك .

راجع في ذلك « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ علاف ص ٣٦ و« الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » ص ١٠١ ، ١٠٢ للأستاذ الشيخ شالي .

على أننا كنا نجد رغم عدم تلوينها ، أن بعض الخلفاء الراشدين كانوا يتطلبون بعض الضمانات التي تكفل الاطمئنان الى صحتها (١) ، على أن تلك الضمانات أو الاحتياطات لم تكن لتقوم مقام التدوين ، الذي يبدل الشك باليقين .

النتائج المترتبة على عدم تدوين السنة - ترتبت على عدم تلوين السنة في القرن للمجرى الأول النتائج التالية :

(أولاً) أن علماء المسلمين اضطروا الى بذل الكثير من الجهود في بحث شخصية كل راو من رواة الحديث ، للوقوف على مبلغ ما يمكن أن نوليه من الثقة والاطمئنان الى صحة ما رواه ، وقد ترتبت على هذا البحث تقسيم الأحاديث الى أحاديث قطعية الورد ، وأحاديث ظنية الورد .

(ثانياً) أن عدم تلوين السنة في مجموعة واحدة تكون موضع اتفاق المسلمين وتعد مرجعاً لهم ، كما كان الشأن بالنسبة للقرآن ، نقول أن عدم التدوين (اللهم الا بعد وفاة الرسول بأمد طويل بلغ نحو القرن من الزمان) قد مهد الطريق الى فتح باب الخطأ في رواية الحديث ، بل وباب الكذب عمداً من بعض الرواة في سبيل نصرة آرائهم ومذاهبهم السياسية .

(ثالثاً) وهذه النتيجة الثالثة مترتبة على النتيجة السابقة ، تتلخص في أن الشك في صحة الأحاديث قد مهد الطريق الى قيام الخلاف بين فقهاء الشريعة بل وبين أئمتها الكبار ، كما أدى الى اضافة خلاف لاحق الى ما كان بين بعض الفرق أو المذاهب من خلاف سابق .

(١) فكان الخليفة أبو بكر لا يقبل الأحاديث من رواها الا اذا جاء الراوي بشاهد يؤيد روايته ، وكذلك كان شأن عمر بن الخطاب فقد كان يطالب راوي الحديث بالبيئة ، والمعروف أن عهد خلافة عمر كان أكثر اليهود تشدداً في دولة الحديث ، وقد كان الإمام علي بن أبي طالب يستحلف الراوي .

راجع فيما يتعلق بأصول الفقه « (المرجع السابق) ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، و« التوزيع الإسلامي وأثره في الفقه الغربي » (المرجع السابق) ص ٦٩ .

(١) فالخوارج لم يكونوا يعتمدون من الأحاديث إلا ما رواه رجالاتهم ، وكذلك الشيعة ، أما جمهور المسلمين وهم أهل السنة والجماعة ، فقد كانوا يعتمدون الأحاديث التي ثبتت صحتها لديهم وأن كان رواها من رجال الفرق الأخرى متى كانوا عدولا ثقات (١) .

(ب) ومجتهدو العراق : الامام أبو حنيفة وأصحابه يمتحنون بالسنة المتواترة ، والمشهورة ويرجعون ما يرويه الثقات من الفقهاء أما مجتهدو المدينة (الامام مالك وأصحابه) فقد كانوا يرجعون ما عليه أهل المدينة بلون اختلاف ، ويتركون ما خالفه من أخبار الآحاد ، وباقي الأئمة يمتحنون بما رواه العدول الثقات من الفقهاء وغير الفقهاء ، وافق عمل المدينة أو خالفه (٢) .

تدوين السنة — في بداية القرن الثاني الهجري أمر الخليفة عمر بن عبد العزيز بتلوين ما كان معروفا من السنة (٣) ومنذ حوالي منتصف القرن الثاني الهجري نشطت حركة تلوين «المساند» ، ويذكر في مقدمتها أشهرها

(١) راجع «أصول الفقه» للاستاذ الشيخ خلاف ص ٣٢٣

(٢) وقد ترتب على ذلك أن مجتهدى العراق جعلوا المشهور من الحديث في حكم المتواتر وخصصوا به العام في القرآن وتفسيره في المطلق فيه ، وغيرهم لم يجعلوا له هذه القوة

وترتب على ذلك أيضاً أن الحديث المرسل يحتج به بعض رجال التشريع ولا يحتج به البعض الآخر ، أى أن البعض كان يحتج بسنة لم يحتج بها الآخر ، ومن هذا نشأ اختلاف في الأحكام الشرعية — أما ما يقصد «بالحديث المرسل» فهو ما رواه الصحابي بقوله أمر رسول الله بكذا أو نهى عن كذا أو قضى بكذا دون أن يصرح بأنه سمع ذلك بنفسه أو شافه أو شاعده راجع «أصول الفقه» ص ٣١٣

(٣) فقد كتب عمر بن عبد العزيز الى والى المدينة أبي بكر محمد بن عمر بن سزم يقول له : «أنظر الى ما كان من حديث رسول الله فأكثبه فأنى خفت دورس العلم وذهاب العلماء راجع «أصول الفقه» ص ٣١٩ — ويجدر بنا هنا أن نذكر أن عمر بن عبد العزيز (وهو أحد خلفاء الدولة الأموية) قد ول الحلافة عام ٩٩ - ١٠١ هجرية (٧١٧ - ٧٢٠ ميلادية) .

وهو «الموطأ» في صحيح الحديث للإمام مالك ، الذي كتبه بناء على طلب الخليفة المنصور (١) .

وفي القرن الثالث الهجري دوت كتب صحاح السنة السنة ، والتي تعد أصح كتب الحديث ، ويذكر في مقدمتها «صحيح البخاري» ، «صحيح مسلم» (٢) .

ولكن هذا التدوين ، وإن يك قد أدى الى صيانة السنة وحال دون ضياعها ، إلا أنه نظرا لتأخره لم يكن ليحول دون اختلاف الباحثين وتفرق كلمة المسلمين ، فهولم يؤد الى جمع المسلمين على مجموعة واحدة من السنة تكون مرجعا لهم ، كما جمعت كلمتهم على مجموعة واحدة من نصوص القرآن ، فكان من ذلك أن اتسع المجال - كما قدمنا - للخلاف والجدال ، كما ظلت باقية بعض المنافذ التي ينفذ أو يتسرب منها تيار الكذب والافتراء في وضع أحاديث ونسبتها زورا للرسول (٣) .

(١) «المستد» هو ما تجمع فيه الأحاديث حسب روايتها ، فيجمع ما رواه عمر بن الخطاب ، وما رواه أبو بكر بن عبد الله بن أبي شامة ، وهكذا - راجع «أصول الفقه» ص ٣٢٠ - وراجع أيضا «معي الإسلام» ج ٢ ص ١٠٨ للاستاذ المير أحمد أمين حيث يقول : «أن أحاديث الموطأ ليست كلها مستندة ، أعني أنها ليست كلها متصلة بالسند ، يرويه مالك عن فلان عن فلان الى الرسول بل بعضها مرسل (أي سقط عن سنده الصحابي فرواه التابعي عن الرسول ، دون ذكر للصحابي الذي روى عنه التابعي ، وبعضها منقطع (وهو الذي سقط من سنده راو أو أكثر) ، لذلك لم تزو الكتب الصحيحة الى ألف بعد كالبخاري ومسلم كل أحاديث الموطأ ، اذ لم يصح عنهم بعضها» ويصدر بنا هنا أن نشير الى أن الخليفة المنصور (وهو أحد الخلفاء العباسيين) تولى الخلافة سنة ١٣٦ - ١٥٨ هجرية (٧٥٤ - ٧٧٥ ميلادية) .

(٢) أما الأربعة الباقية فهي : سنن أبي داود ، والترمذي ، وابن ماجه - وإضافة حديث : «رواه السنة» أو أنه «متفق عليه» فإنه يقصد بذلك أن هؤلاء جميعا قد روى هذا الحديث - ولا يفوت أن نذكر أن ثمة غير هؤلاء السنة من عنوا بتدوين مجاميع السنة - راجع «أصول الفقه» ص ٣٢٠ .

(٣) ويحذر بنا هنا أن نضيف الى ما تقدم أن الخليفة المنصور حين كلف الإمام مالك بأن يجمع الأحاديث في كتاب «الموطأ» كان قد فكر أن يأمر بنشر تلك المجموعة من الأحاديث على =

أنواع السنة (باعتبار سندها)

فضلا عما سبقت لنا الإشارة اليه من أنواع السنة باعتبار متنها ، وتقسمها الى سنة « قولية » و « فعلية » و « تقريرية » ، فأنا اذا نظرنا الى السنة باعتبار سندها (أى من حيث درجة ثبوتها) أو بعبارة أخرى من حيث النظر الى سلسلة الرواة الذين نقلوها الينا عن الرسول ، فأنا نجدها تنقسم الى ثلاثة أنواع : متواترة ، ومشهورة ، وسنة آحاد .

(١) فالسنة المتواترة هي ما رواها عن الرسول جمع يمتنع عادة أن يتفق أفراده على كذب لكثرتهم ولما عرف من الصدق والامانة عنهم ولاختلاف بيناتهم ثم وجهات نظرهم ، ورواها عن هذا الجمع جمع آخر يتوفر في أفرادها ما ذكرنا في أفراد الجمع الأول من الصفات ، ثم نقله عن ذلك الجمع الآخر جمع ثالث مثله وهكذا حتى وصلت تلك السنة الينا ، أو بعبارة أصح : حتى وصلت الى أولئك الفقهاء الثقات الذين قاموا بتلوينها مثل البخارى ومسلم وغيرهما .

ويتنسب الى هذا النوع الكثير من السنن الفعلية (١) ، كالذى روى

== المسلمين وأن يأمرهم بالرجوع اليها ، ولكن الامام مالك عارض ذلك رأى « لأن الصحابة (كما قال مالك الخليفة) قد افرقوا بعد الرسول ، كل يتبع ما صح عنده ، وكلهم على هدى يريد الله » ، قال الخليفة المنصور عما كان يعول اليه في هذا الشأن .

راجع فيها تقدم « أصول الفقه » (المرجع السابق) ص ٣٢٠

.. ولعل الامام مالك قد عارض فكرة الخليفة للمنصور - فيما يبدو لنا - لأنه (مالك) نفسه لم يكن على ثقة تامة من صحة الأحاديث التي جمعها في كتابه ، وقد تبين فيما بعد - كما قدسنا - أن غير القليل مما جمعه من أحاديث لم تثبت مصداق حتى أن كلام البخارى ومسلم قد أهملها .

(١) أو السنن « العملية » كما يطلق عليها الأستاذ الشيخ خلاف (في كتابه « أصول الفقه » ص ٤٢) - أما عن ذلك « الجمع الذى يمتنع عادة أن يتفق أفراده على كذب » فقد اختلفت العلماء في تحديد عدد الجمع الذى يتحقق به التواتر فمنهم من حدده بعدد أربعين أو مائة ، والصحيح أنه لا يحدد بعدد معين بل الملاحظ فيه امتناع توافق هذا العدد على الكذب عادة ، وهذا أمر يختلف باختلاف المصور والرواة

وقد استيقنا هذه المعلومات من الأستاذ الشيخ شلبى (استاذ ورئيس قسم الشريعة بالكلية)

في كيفية أداء الصلوات الخمس المفروضة واعداد ركعاتها وسجدها ،
والقليل من السنن القولية (أى أنه قلما نجد سنة قولية متواترة) (١) .

(ب) أما السنة المشهورة فهي ما لم تكن متواترة في البداية ثم
تواترت بعد ذلك ، بعبارة أخرى هي ما رواها عن رسول
الله صحابي أو اثنان أو جمع لم يبلغ حد جمع التواتر ،
ثم رواها عن هذا الراوى أو الراويين الاثنين أو الرواة جمع
من جموع التواتر ، ثم رواها عن هذا الجمع جمع مثله وهكذا .

وينسب الى هذا النوع بعض الأحاديث التي رواها عن الرسول
عمر بن الخطاب أو أبو بكر أو عبد الله بن مسعود ، ثم رواها عن أحد هؤلاء
جمع لا يتفق أفرادها على كذب - ومن أمثلة هذا النوع حديث «أما الأعمال
باليات» وحديث «لا ضرر ولا ضرار» ، وحديث «لا يرث القاتل» .

(ج) أما سنة الآحاد فهي ما ليست بسنة متواترة ولا بسنة مشهورة ،
بعبارة أخرى هي ما رواها عن الرسول آحاد لم تبلغ جموع
التواتر منذ البداية حتى النهاية . ويطلق على تلك السنة «خبر
الآحاد» أو «خبر الواحد» . وينسب الى هذا النوع أغلب
الأحاديث التي جمعت في كتب السنة (٢) .

(١) راجع فيما تقدم «أصول الفقه» (المرجع السابق ص ٤٢) ، و«سلم الوصول لعلم
الأصول» للأستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٢٥٢ - ٢٥٥

(٢) راجع فيما تقدم «أصول الفقه» (المرجع السابق) ص ٤٢ ، ٤٣ ، و«سلم الوصول
لعلم الأصول» (المرجع السابق) ص ٢٥٤ - ٢٥٧

وراجع «الأحكام» للإمام الآملي ج ١ ص ١٧٨ - ١٨٠ حيث يذكر أن من الشروط
التي تشترط في الراوى من أجل العمل بخبر الواحد أن يكون الراوى متصفا بصفة العدالة .

أما الدل شرعا فإنه يراد به أهلية قبول الشهادة والرواية عن النبي صلى الله عليه وسلم . وقد
قال النزال في معنى هذه الأهلية أنها عبارة عن استقامة السيرة والدين . وحاصلها يرجع الى هيئة
راسخة في النفس تحبل على ملازمة التقوى والمروءة جميعاً حتى تحصل ثقة النفوس بصدقه .

أهمية التفرقة بين الأنواع الثموية للسنة

١ - من حيث ثبوتها - السنة المتواترة قطعية الورود عن الرسول ،
فليس ثمة موضع للريبة في نسبتها للرسول .

أما السنة المشهورة فهي قطعية الورود عن الصحابي أو الصحابة الذين
تلقوها عن الرسول ، لتواتر النقل عن ذلك الصحابي أو أولئك الصحابة ،
ولكنها ليست قطعية الورود عن الرسول ، على أنه لما كان الصحابي يعد حجة
وثقة في نقله عن الرسول ، لذلك جعلها فقهاء الحنفية في حكم السنة المتواترة
فيخصص بها عام القرآن ويقيدها بطلقه .

أما سنة (أو خبر) الآحاد فهي ظنية الورود عن الرسول .

الخلاصة أن السنة المتواترة تعد قطعية ، والسنة المشهورة ظنية قريبة
من اليقين ، وسنة الآحاد ظنية .

٢ - من حيث حجيتها - أما من حيث حجية السنة ، ففي نظر أصحاب
المذاهب الفقهية - ما عدا الحنفية - لا أهمية لهذه التفرقة فكل سنة من أقسام
السنة الثلاثة تعد حجة واجب اتباعها والعمل بها ، أما السنة المتواترة فلأن
صدورها عن الرسول يعد أمراً ثابتاً على وجه اليقين ، وأما السنة المشهورة
أو سنة الآحاد فأنها وأن كانت ظنية الورود عن الرسول إلا أن هذا الظن
- كما يقول فقهاء الشريعة - قد ترجح بما توافر في الرواة من اشتغالهم
بالعدالة والصدق والأمانة ، ورجحان الظن - كما يقولون - كاف بهذا
الصدد ، لهذا يقضى القاضي بشهادة الشهود وهي إنما تفيد رجحان الظن
بالمشهود به ، وكثير من الأحكام مبنية على الظن ، ولو أننا اشرطنا اليقين
لنال الناس الحرج (١) .

- وأنه ليلو لنا أن القياس على شهادة الشهود هو قياس مع الفارق ،
فالسنة هي تشريع ، ومن أجل أن يطبق على الناس تشريع فانه يجب أن يعلموا

(١) أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامي (المراجع السابق ذكره) ص ٤٤

به عن طريق اليقين ، ولو فرض على الناس تشريع « ظني » لفقد التشريع ما يجب أن يكون له من احترام ولنال الناس حرج أكبر من ذلك الحرج الذي يشيرون اليه في حالة اشتراط اليقين .

ثم أنه يجب ملاحظة أن ثمة حالات لا يقضى القاضي فيها بشهادة الشهود اذا كانت تفيد مجرد رجحان الظن بالمشهود به ، وانما يجب أن نفيد « اليقين » كما هو الشأن في شهادة شهود جريمة الزنا .

وأخيراً نضيف الى ما تقدم أن علماء الحنفية لا يأخذون بنجر الآحاد ، وكذلك شأن الامام الغزالي (١) .

مرتبة السنة كمصدر من مصادر الشريعة الواسعوية

نعالج هنا بحث موضوعين : (الأول) السنة كمصدر من مصادر الشريعة ، (الثاني) مرتبة السنة بالنسبة لغيرها من المصادر

(أولاً) السنة كمصدر من مصادر الشريعة — أن السنة تستمد قوتها من القرآن ، فهو الذي أثبت حجيتها ، فلقد قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » (٢) ، وقال تعالى : « من يطع الرسول فقد أطاع الله » ، وقال : « وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » (٣) .

(١) راجع « المستصفى » ج ١ ص ١٣٧ ، ١٣٨ حيث يقول عن الحديث الذي يستند اليه العلماء الفائلون « بالاستحسان » وهو حديث : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » يقول الغزالي عنه أنه حديث « لا حجة فيه لأنه خبر واحد لا تثبت به الأصول » .

(٢) يرى الامام ابن حزم أن هذه الآية تبين المصادر الشرعية الثلاثة التي هي الأصول وهي الكتاب والسنة والإجماع ، ويتفرع عنها رابع وهو الدليل الذي تتلاقى الأصول الثلاثة في بيان أصله ، وإطاعة أول الأمر يكون بالرجوع الى ما أجمع عليه العلماء لأنهم هم « أولو الأمر » في رأيه .

راجع في ذلك كتاب « ابن حزم » للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة (طبعة ١٩٥٤) ص ٢٩٧

(٣) راجع « أصول الفقه » (المرجع السابق) ص ٣٧ وما بعدها ، كتاب « سلم الوصول » (المرجع السابق) ص ٢٦١ — ونلاحظ أن بعض أساقفة الشريعة يستند كذلك في هذا المقام على الآيتين الكريميتين :

(ثانياً) مرتبة السنة بالنسبة لغيرها مع مصادر الشريعة - الرأى
السائد بين فقهاء الشريعة أن السنة تلى القرآن في المرتبة ، اللهم الا الامام
ابن حزم ، فهو يرى أن السنة مثل القرآن لا فارق بينهما ، وهو في ذلك
يستند الى قوله تعالى : « من يطع الرسول فقد أطاع الله » (١) .

النتائج المترتبة على اعتبار السنة في مرتبة القرآن (في نظر ابن حزم) :
ترتب على ذلك نتيجتان :

(الأولى) أن السنة مخصص بها القرآن ، أى أنه حينما يوجد في القرآن
نص عام ، ويوجد في ذات الموضوع نص خاص في السنة ، فإن السنة
تخصص عموم القرآن ، مثال ذلك : نجد القرآن جاء بأمر أو نص عام يقطع
يد السارق (فقد قال تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء ما
كسبا نكالا من الله ») ، وورد في الحديث أنه لا قطع الا في ربع دينار
فصاعدا ، فخصص الحديث الآية بذلك (٢) .

= (الأولى) قوله تعالى : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكوك فجا شجر بينهم ثم لا يجدوا في
أنفهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسلياً » .

(الثانية) قول تعالى « وأزلنا اليك الذكر لتين فتناس ما نزل اليهم » - راجع كتاب الدكتور
محمد يوسف موسى (المراجع السابق) ص ٢٨ ، ومؤلف الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة عن « ابن
حزم » ص ٢٩٧ وراجع كذلك كتاب الدكتور ضياء الدين الرئيس : « النظريات السياسية
في الاسلام » ص ٢٣ . - والرأى عندى أن هاتين الآيتين لا يجوز الاستدلال بهما والإستناد اليهما في
هذا المقام ، فالآية الأولى إنما تشير الى ما للرسول من سلطة قضائية ، لا الى ماله من سلطة تشريعية ،
وهذه السلطة الأخيرة هي وحدها هنا موضع بحثنا . أما الآية الثانية فهي تشير الى ما للرسول
من سلطة تفسير التشريع ، لا التشريع ذاته - ويؤيدنا في وجهة النظر هذه ما ورد في مؤلف الأستاذ
الشيخ عمر عبد الله (المرجع السابق) ص ٢٥٨ حيث يقول : « من المقرر المعلوم أن الرسول
مبين عن الله المراد من نصوص الكتاب . قال تعالى : « وأزلنا اليك الذكر لتين فتناس ما نزل
اليهم » .

(١) راجع مؤلف الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة « ابن حزم » ص ٣١٦

(٢) « ابن حزم » (المراجع السابق) ص ٣١٦ - على أننا نلاحظ أن هناك غير ابن حزم
من الأئمة من يرون أن السنة تخصص القرآن ، رغم أنهم لا يضعون السنة - كما يضعها ابن حزم -
في مرتبة القرآن . ذلك هو شأن الأمامين الشافعي وأحمد بن حنبل ، وذلك هو ما يذكره الأستاذ
الشيخ أبو زهرة ذاته حيث يقول (ص ٣١٧ من المرجع السابق) « وأن ذلك النظر هو نظر الإمامين
الشافعي وأحمد - بل أنه لبيد لنا أن ذلك هو كذلك شأن غيرهما من الأئمة والفقهاء ، هذا
هو ما يتبين من الرجوع الى مؤلف الأستاذ الشيخ عمر (المراجع السابق) ص ٢٦٠

(الثانية) أن السنة يصح أن تنسخ (أى تُلغى) نصاً ورد في القرآن ، على أن ابن حزم يرى أن النسخ لا يعد بمثابة إزالة للنصوص أو إلغاء لها وإنما هو بيان لا إنهاء أحكامها (١) .

وكذلك يرى الامام الغزالي أنه يصح نسخ القرآن بالسنة ، ويذكر مثلاً لذلك : نسخ الوصية للوالدين والأقربين بقوله صلى الله عليه وسلم « ألا لا وصية لوارث » ، لأن آية الميراث لا تمنع الوصية للوالدين والأقربين (٢) .

من تعد السنة مصدراً من مصادر الشريعة

تمهيد - كما أن جميع آيات القرآن لا تعد تشريعاً (أو على حد تعبير فقهاء الشريعة : لا تعد « آيات أحكام ») فكذلك نجد أن جميع ما عرف عن السنة أو جميع الأحاديث النبوية لا تعد تشريعاً أو على حد تعبير فقهاء الشريعة : لا تعد « أحاديث أحكام » .

وفي مؤلفات فقهاء الشريعة الإسلامية نجد بصدد الكلام عن السنة مبحثاً لا يخلو - في نظر رجال الفقه الحديث - من الطرافة بل ومن الغرابة ، ذلك

(١) ابن حزم (المرجع السابق) ص ٣٣٢ ، ص ٣٢٨ تفسير لما تقدم يقول : أنه إذا كان الرسول قد قال : « لا تزوروا القبور » ثم جاء فقال : « ألا كنت قد نهيتكم عن زيارة القبور والآن فزوروها » لا يكون النص الثاني ملغياً للنص الأول أو مستقلاً له بل يكون مبيهاً لانهاء حكمه وبيان أن وقت العمل به قد انتهى ، ولذلك كانت آيات القرآن الكريم المدمى نسخ حكمها ما زالت قرآناً ثابتاً يتلى متعبداً بتلاوته لأنها ما سقطت بالنص أو ألغيت ، بل قد انتهى زمن حكمها وحل محل هذا الحكم حكم آخر لزمته الدائم الى يوم القيامة » .

ولو أردنا أن نبنى رأينا فيما تقدم بلغة الفقه الحديث لوجب أن نقول أن النسخ يعد إلغاء ولكن بغير أثر رجعي ، وهذا لا يتعارض مع القول بأن الآيات التي نسخت (أو ألغيت) تعد مع ذلك قرآناً لأنها أنزلت من الله على رسوله ، ولكن نفاذ أحكامها كان لزم من معين .

ولا يفوتنا أخيراً أن نلاحظ أن هذا المثال السابق (الخاص بزيارة القبور) لا يمد - فيما يبدو لنا - مثلاً مناسباً للحالة التي نتكلم هنا عنها وهي حالة نسخ القرآن بالسنة ، إذ أن هذا المثال إنما يناسب في الواقع حالة نسخ السنة بالسنة ، أما غير مثال لنسخ القرآن بالسنة فهو ذلك الذي سنذكره فيما بعد نقلاً من الامام الغزالي ، وهو الخاص بالتهى من الوصية لوارث :

(٢) « المستصنى من علم الأصول » للغزالي (المرجع السابق ذكره) ج ١ - ص ٨٠

هو المبحث الخاص « بما يعد من السنة تشريعاً عاماً ومالاً يعد كذلك » ،
فنجدهم يبدعون القول ببيان ما لا يعد تشريعاً عاماً من أقوال الرسول وأفعاله ،
وهي - فيما يذكرون - تتلخص فيما يلي :

(أولاً) ما صدر عن الرسول (من أقوال أو أفعال) بصفته انساناً ،
من أكل وشرب ونوم وقيام وقعود وتزاور ومصالحة بين شخصين الخ ..

(ثانياً) ما صدر عنه بمقتضى الخبرة الانسانية والتجارب في الشئون
الدنيوية ، كالذى ذكر من أقواله أو أفعاله في شئون الزراعة أو الطب ،
أو تنظيم جيش أو غيره من التدابير العسكرية في المواقع الحربية (١) .

(ثالثاً) ما صدر عن الرسول ، ودل الدليل الشرعى على أنه أمر
خاص به ، كزوجته بأكثر من أربع زوجات .

(رابعاً) ما صدر عنه باعتبار ماله من الامامة والرياسة العامة لجماعة
المسلمين (٢) ، وذلك مثل بعث الجيوش للقتال ، وتولية القضاة والولاة
وعقد المعاهدات ، وتدبير الشئون المالية للدولة ، أو - على حد تعبير
فقهاء الشريعة : « صرف أموال بيت المال في جهاتها وجمعها من محالها وتقسيم
الغنائم » (٣) ، الخ ..

- وأما ما يعد تشريعاً ، فيشمل - فيما يذكرون - ما صدر من أقوال
الرسول وأفعاله بصفته رسولاً وكان مقصوداً به التشريع فيما تدل على

(١) من ذلك ما يروى عن الرسول من أنه مريقوم بالمدينة يأبسون للنخل (أى يلقصونه) فقال لهم :
« لو لم تقموا لصلح » فتركوه ، فلم يثمر النخل الا شيئاً (أى تمراً يابساً رديئاً) ، ثم مر بهم
بعد ذلك فسلمهم : « ما لنخلكم ؟ » فبما علم منهم ما كان من أمر ثمره قال لهم : « أنتم أعلم
بأمر دنياكم » - هذا الحديث ورد في صحيح مسلم بشرح النووي (الطبعة الحديثة) ج ١٥ ص ١١٦

(٢) أى ما صدر عن الرسول باعتباره رئيساً للدولة الاسلامية ، أى بصفته السياسية ، ولكن
فقهاء الشريعة لا يميلون عادة - فيما يبدو لنا - الى استعمال مثل هذه العبارة التى هي أكثر صراحة
ووضوحاً .

(٣) راجع « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٣٢ ، للأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت ، ومؤلف
الأستاذ الشيخ عمر عبد الله (المراجع السابق) ص ٢٦٢

ذلك الدلائل أو القرائن ، مثل تحليل شيء أو تحريمه ، والأمربفعل أو النهي عنه ، وكيان العبادات (١) .

رأى الإمام ابن حزم - على أن لابن حزم بهذا الصدد رأيا يختلف به عن ذلك الرأي السائد بين فقهاء الشريعة (والذي أشرنا إليه) ، ويتلخص رأيه في أن السنة القولية وحدها (دون السنة الفعلية أو التقريرية) هي التي تعد تشريعا أو على حده تعبيره «تدل على الوجوب» - أما «الفعل» فهو في رأيه غير واجب ، إنما يكون لنا مجرد «قلوة أو أسوة» ، والأسوة - كما يقول ابن حزم - مستحسنة وليست بواجبة ، وهو في ذلك يستند الى قوله تعالى «لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة» ، ولو كانت الأسوة واجبة (كما يقول) لكان النص : لقد كان «عليكم» ، فالوجوب يكون «على» المؤمنين ، ولا يعبر عنه بأنه «لهم» .

أما «الاقراء» أو (السنة التقريرية) فحكمه - فيما يرى ابن حزم - الإباحة (٢) .

هذا - كما قدمنا - مبحث لا يخلو من الطرافة بل ولا من الغرابة اذا نظرنا اليه بعين رجال الفقه الحديث ، فليس مما تستسيغه عقولهم أن يقدموا على القيام بمثل هذا البحث ، وذلك في البلاد التي يملك فيها رئيس الدولة سلطة التشريع (كما كان شأن الرسول) ، فنحن لا نجدهم يفرقون بين الأقوال (أو الأفعال) التي يقوم بها بصفته انسانا عاديا وتلك التي يقوم بها بصفته رئيس دولة له سلطة التشريع .

ولقد كان حسب فقهاء الشريعة - فيما نرى - أن يقولوا بأن ما يعد تشريعا يشمل الأقوال التي تصدر من الرسول بصفته رسولا ويقصد بها التشريع فيما تدل على ذلك القرائن ، كأن يبين مجملا في القرآن ، أو يخصص

(١) «أصول الفقه» (المرجع السابق) ص ٤٤ ، و«الإسلام عقيدة وشريعة» (المرجع السابق) ص ٤٣٢ و«سلم الوصول لعلم الأصول» (المرجع السابق) ص ٢٦٣

(٢) «ابن حزم» للأستاذ الشيخ أبو زهرة ص ٢٩٨ - ٣٠٠ - وللاستاذ الشيخ أبو زهرة (ص ٢٠١) رأى مماثل ابن حزم ، وهو يرى أنه يجب النظر الى قرائن الأحوال .

عاماً أو يقيد مطلقاً ، أو يبين شأننا في العبادات أو الحلال والحرام أو العقائد ، على أن ينظر — في مسائل العبادات — الى ما يأتيه الرسول كذلك من الأفعال (كطريقة الصلاة وعدد ما يؤديه من الركعات مثلاً) .

على أن فقهاء الشريعة الذين يعرضون لهذا البحث قد تكون لهم المعضنة في أن ما يأتيه الرسول من أقوال وأفعال بصفته رسولاً لا يكون صدوره منه بصيغة معينة ومع اتباع اجراءات أو أوضاع معينة كما هو الشأن فيما يصدر من رئيس الدولة في العصر الحديث من أعمال تتصل بوظيفته أو أى عمل آخر من الأعمال التي يقوم بها بصفته رئيس دولة .

وثمة وجه آخر من وجوه المعضنة يمكن أن نلتمسه لهم بهذا الصدد ، وهو يرجع الى ما سبق أن حدث من البعض من الخلط بين ما يعد وما لا يعد تشريعاً مما صدر عن الرسول (١) .

هل تشريع السنة أبهى أم وثقى !

يجدر بنا أولاً أن نبين أن ما نعبر عنه هنا « بالتشريع الأبدى » هو ما يعبر عنه فقهاء الشريعة « بالتشريع العام » الذي يمتد سريانه الى الأبد ، أو — على حد تعبيرهم « الى يوم القيامة » (٢) .

(١) ذلك هو ما أشار اليه الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت في كتابه « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٢٩ حيث يقول « أن كثيراً ما نقل عنه صلى الله عليه وسلم صور بأنه شرع أو دين ، وسنة أو مندوب ، وهو لم يكن في الحقيقة صادراً على وجه التشريع أصلاً . وقد كثر ذلك في الأفعال الصادرة عنه صلى الله عليه وسلم بصفته البشرية أو بصفة العادة والتجارب . وتجدر أيضاً ما صدر على وجه الامامة أو القضاء قد يؤخذ على أنه تشريع عام ، ومن ذلك فتنطرب الأحكام وتختلط بالمهمات » — ولعله كان يريد أن يقول : « بحكم العادة وكثرة التجارب » لا « بصفة العادة والتجارب » — ولا يفوتنا هنا أن نبين أنه يقصد « بالمندوب » لدى فقهاء الشريعة : الفعل الذي يحمده فاعله ولا ينم تاركه ، ويسمى سنة ونافلة أو نفلاً (لأنه زائد على الفرض والواجب ، ويزيد به الثواب) ، كما يسمى مستحباً (لأن الشارع يحبه ويؤثره) ، — وذلك مثل أداء الصلاة بالجماعة ، والتصدق على الفقراء والمساكين (زيادة عن أداء الزكاة المفروضة على كل مسلم) — راجع في ذلك كتاب « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر ص ٥٢ ، ٥٣ .

(٢) « الاسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق ص ٤٢٨) .

أما وقد انتهينا من هذا الايضاح فأنتا ننقل الى الأجابة على السؤال الذى تسألناه فى بداية هذه التبعة : هل يصح أن نعد جميع تشريع السنة تشريعاً أبدياً ؟ أنا - على ضوء ما كتبه علماء الشريعة بهذا الصدد - نستطيع أن نجيب على هذا السؤال بما يلى :

١ - انه لا يصح القول بأن جميع تشريع السنة تشريع أبدي فالأحكام (سواء جاءت من السنة أو القرآن) كما يقول ابن القيم نوعان : نوع لا يتغير كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الحرائم ونحو ذلك ، والنوع الثانى يتغير بحسب اقتضاء المصلحة كقواعد التعزيرات وصفاتها . أما غير المعاملات كالعبادات والمقدرات فلاستليل الى عمل المصلحة فيها (١) . وهنا يجدر بنا أن نذكر أن الصحابة كان يخط عليها الأمر أحياناً ، فتعتقد أن أمراً أمر به الرسول أو أن نهياً نهى عنه ذو صبغة أبدية ، فى حين أن الرسول لم يكن يقصد الا أن يكون ذا صبغة وقتية ، ينتهى أثره بانتهاء السبب الذى دعى الرسول الى ما أمر به أو نهى عنه (٢)

(١) راجع « تعليل الأحكام » ص ٣١٩ - ويضيف المؤلف الى ما تقدم « أن الأحكام هنا لا تتغير الا اذا ألبأتنا الضرورة الى شيء أخذ به مقدراً بقدرها ، كما دل عليه قوله تعالى : « فن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه » .

وراجع فى ذلك أيضاً للامام ابن القيم : « اعانه الله فان » ص ١٧٩ وما بعدها - وكان ذلك نقلاً عن مؤلف الأستاذ محمود الشرقاوى « تقوم الفكر الدينى » ص ١٠٣ ، ١٠٤

(٢) راجع فى ذلك « تعليل الأحكام » (المرجع السابق ص ٢٨) للأستاذ الشيخ شلى حيث يقول : « قد يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشئ أو ينهى عنه فى حالة خاصة لسبب خاص ، فيفهم الصحابة أنه حكم (أى تشريع) مؤقت ، ، فيأولون رسول الله التخفيف لما يلحقهم من الخروج فيبين لهم أن ذلك ليس مؤبداً ، بل جاء لعل خاصة ، من ذلك ما رواه أصحاب السنن عن عائشة رضى الله عنها قالت : دف الناس (أى أقبلوا) من أهل البادية فحضرت الأنصلى ، فقال رسول الله « ادخروا الثلاث ، وتصفقوا بما بقى » ، قالت (عائشة) فلما كان بعد ذلك قلت يارسول الله : قد كان الناس ينتفعون بضمحاياهم ، ويحملون منها الودك (أى يذبيون الشحم ويستخرجون منه الودك وهو الشحم المذاب) ويتخلون منها الأسقية (جمع سقاء وهو ظرف الماء) ، قال رسول الله : وما ذلك ؟ قلت : نهيت عن أساك لحوم الأصاحى بعد ثلاث ، فقال (الرسول) إنما كنت نهيتكم للذافة التى دفت (أى للجماة من الناس التى أقبلت) فكلوا وتصفقوا وتزودوا .» فوجه النظر الى أن العبارات التى وضعت بين قوسين لم تكن من كلام الرسول أو السيدة عائشة ، إنما ذكرت لايضاح بعض الكلمات ، وقد نقل ذلك الايضاح من كتاب « تعليل الأحكام » .

والواقع أن عدم وجود حد فاصل دقيق بين ما يعد تشريعاً أبدياً وما يعد تشريعاً وقتياً ، كان أحد الأسباب التي أدت إلى الخلاف بين الفقهاء (١) .

٢ - يعد من أحكام السنة تشريعاً عاماً (أى أبدياً) ما يصدر عن الرسول على وجه التبليغ بصفة أنه رسول ، كأن يبين مجملًا في الكتاب أو يخصص عاماً ، أو شأنًا متصلًا بشيء مما ذكر (٢) ، وكذلك القواعد الكلية مثل قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» (٣) .

٣ - يعد «تشريعاً وقتياً» ما يصدر عن الرسول بماله من الأمانة والرياسة العامة لجماعة المسلمين (وذلك على وجه التفصيل الذي سبق لنا بيانه) ، فليس لأحد أن يفعل شيئاً من ذلك من تلقاء نفسه بحجة أن النبي فعله أو طلبه إنما لا يجوز الاقدام عليه إلا بأذن الإمام (٤) .

ويجدر بنا هنا في مقام الختام أن نكرر أن ثمة أحاديث كثيرة صدرت عن الرسول لم تكن تشريعاً أصلاً (أى لا تعد تشريعاً أبدياً ولا وقتياً) .

(١) وفي ذلك يقول الأستاذ الشيخ شلبى (المرجع السابق ص ٣١٩) : «لقد كان عدم الفصل بين النوعين أحياناً سبباً من أسباب الخلاف بين الفقهاء ، فقد يرى بعضهم حكماً لرسول الله صلى الله عليه وسلم يظنه صدر عنه بحكم الفتوى والتبليغ ، وبعبارة أخرى يقبله على أنه شرع عام أبدي لا يتغير ، بينما يراه الآخر صادراً عنه بحكم أمانته ، أى أنه حكم مصلحي جاء لمصلحة خاصة قد تتغير على مر الأيام» .

(٢) «الاسلام عقيدة وشرعية» للاستاذ الشيخ شلتوت ص ٤٢٨

(٣) «وسطية الاسلام» للاستاذ الشيخ محمد المنفى (عيد كلية الشريعة) ص ٧٢

(٤) «الاسلام عقيدة وشرعية» للاستاذ الشيخ شلتوت ص ٤٢٨ - ويلاحظ أن المؤلف يضيف الى ما تقدم أنه لا يعد تشريعاً عاماً ما يصدر عن الرسول بصفته قاضياً - كما نجد المؤلف يذكر في موضع آخر (ص ٤٣١) أنه «فما يتعلق بالمقائد فإن القرآن قد تكفل ببيانها ، ولقد كان القرآن لتواتره وإفادته القلح هو المصدر الوحيد لتعرفها ، أما الحديث فليس إلا مردداً لهذا المصدر لما أثبتته القرآن ، فليس في المقائد ما انفرد الحديث بإثباته .

وراجع بحث «الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية» للاستاذ الشيخ شلبى حيث يقول (ص ١٣٠) نقلاً عن كتاب «الأحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام وتصرفات التناهي والإمام ص ٢٣ وما بعد) : أن ما يصدر من رسول الله بصفته قاضياً يمدانها والزاماً منه «بحسب ما نتج من الأسباب والحجج ، ولذلك قال عليه السلام «انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ألحن بحجته من الآخر»

٣ - الإجماع

تمهيد - إذا لم يجد فقهاء الشريعة الإسلامية لمسألة من المسائل حكماً شرعياً لها في القرآن أو السنة فأنهم يبحثون عن حكم لها في الإجماع ، فالإجماع هو المصدر الثالث للشريعة الإسلامية ، بعد القرآن والسنة .

تعريف : الإجماع - في اصطلاح الأصوليين - هو اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين ، في عصر من العصور ، بعد وفاة الرسول على حكم شرعي (١) من ذلك التعريف تبين لنا الأركان أو الشروط الواجب توفرها في الإجماع من أجل أن يصبح حجة شرعية (٢) . والآن ننتقل الى بيان هذه الأركان وشرحها تفصيلاً .

أركان الإجماع : يمكننا حصرها فيما يلي :

١ - أن يكون ثمة « جماعة » من المجتهدين ، حتى يمكن القول أنه كان ثمة « إجماع » ، فإذا لم يوجد في عصر من العصور سوى مجتهد واحد فأن رأيه لا يمكن أن يوصف بالإجماع . وأقل عدد يتحقق به الإجماع هو ثلاثة ، على الرأي الراجح ، لأن هذا العدد أقل ما يصح أن يطلق عليه وصف « جماعة » (٣) .

٢ - أن يكون ثمة اتفاق من « جميع » المجتهدين . ويرتب على ذلك أنه إذا وافقت على الرأي مجرد « أغلبية » فان ذلك لا يكفي لتحقيق الإجماع وذلك لأنه طالما وجد اختلاف - كما يقولون - فقد وجد احتمال الصواب

(١) ويرى البعض أن الإجماع يماثل ما كان معروفاً عند الرومان باتفاق أهل الحكمة والمعرفة ذلك هو ما ذكره الأستاذ جوستاف جرونباوم Von Grunbaum (أستاذ اللغة العربية بجامعة شيكاغو ورئيس مؤتمر علماء البحوث الإسلامية الذي عقد بمدينة Spa بلجيكا عام ١٩٥٣) في كتابه « حضارة الإسلام » ترجمة الأستاذ عبد العزيز توفيق جاويد وراجعته الأستاذ الكبير المحروم عبد الحميد الببائي طبعة ١٩٥٦ ص ١٩٣

(٢) المستصفي من علم الأصول للإمام الغزالي (الملقب بحجة الإسلام) طبعة ١٩٣٧ الجزء الأول ص ١١٠ ، وراجع « أصول الفقه » (المرجع السابق ذكره) ص ٤٧ للاستاذ الشيخ خلاف وكتاب « سلم الوصول » للاستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٢٦٤

(٣) « سلم الوصول لعلم الوصول » (المرجع السابق) ص ٢٦٥

في جانب والخطأ في جانب ، فلا يكون اتفاق الأكثر حجة شرعية قطعية ملزمة . ذلك هو ما يراه الأصوليون وغالبية علماء الشريعة (١) .

ومن عجب أن نجد بن هؤلاء من يأخذ بسنة الآحاد وهي حجة ظنية بينما هو لا يكتفى في الإجماع « بالأغلبية » إنما يشترط اتفاق « الجميع » ليكون الإجماع حجة قطعية (يقينية) .

ولذلك فأنا نجد بعضا من علماء الشريعة (ولو أنهم أقلية فيما يدلوننا) يكتفون بموافقة الأغلبية ، وذلك لأن اتفاق « الجميع » يعد أمراً نادراً بل قد يكون مستحيلاً ، وذلك مما يؤدي الى عدم مسابقة أحكام الشريعة لسنة التطور أى الى جودها وبالتالي الى تأخرها عن الشرائع الوضعية الأخرى ، وذلك فضلاً عن أن الخلفاء الراشدين لم يكونوا يشترطون اتفاق « الجميع » (٢) .

(١) « أصول الفقه » ص ٤٨ ، و « المستصفى » للزالي ج ١ ص ١١٠ ، ص ١٢٤ حيث يقول « اذا خالف واحد من الأمة أو اثنان لم ينتقد الإجماع دونه » ، وهنا لا يسعنا إلا أن نلاحظ في شيء من الدهشة قول الإمام الزالي « أو اثنان » ! - راجع أيضاً « نحو الدستور الاسلامي » تأليف الأستاذ أبو الأهل المودودي (رئيس الجماعة الاسلامية بباكستان) مرعبة عن اللغة الأوردية وطبعت بمصر (عام ١٣٧٣ هـ ١٩٥٤ م) ص ٦٧ (بالهامش) حيث يقول ان مبدأ الأغلبية ليس من مبادئ الاسلام .

(٢) من ذلك مثلاً أن الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (في كتابه « الاسلام عقيدة وشرية » ص ٤٧٤) يقول أنه نظراً لأنه يبعد كل البعد تحقق هذا الشرط لذلك فإن « تفسير الإجماع بأنه اتفاق جميع مجتهدي الأمة في عصر من العصور هو تفسير نظري بحث ، لا يقع ولا يتحقق به تفريع » ثم يضيف الى ما تقدم قوله : « نعم : يمكن فهمه (أى فهم هذا الشرط) وقبوله على معنى « عدم العلم بالمخالف » أو على معنى « اتفاق الكثرة » وكلاهما يصلح أن يكون أساساً للتشريع العام الملزم في المسائل ذات البحث والنظر ، اذ هو غاية ما في الوسع ، ولا يكلف الله نفساً الا وسعها » ومن هذا يرى أن الأستاذ الأكبر يرى أنه يصبح أن يكتفى بالأغلبية . وراجع أيضاً في هذا المعنى بحث الأستاذ الشيخ شلبى « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » ص ١٤٨ حيث يقول : « الإجماع الذى صورته الأصوليون بأنه اتفاق جميع المجتهدين .. لن يتحقق إلا من طريق الصدقة أو فيما علم من الدين بالضرورة » ثم يقول « ولو سارحكام المسلمين على طريقة الخلفاء الراشدين لما تخلف الفقه الاسلامي عن التطور ، ولما حلت محله القوانين الوضعية الغربية في بقعة من بلاد الاسلام » . فالإجماع - فيما يقول (ص ١٤٦) - إنما « تقوم فكرته على مبدأ الشورى المشروعة في الاسلام » ومبدأ الشورى - كما هو معلوم - لا يحتم الإجماع ونجد الإمام الآملى (في كتابه « الاحكام في أصول الأحكام » ج ١ ص ١٠١) ينتقد الإمام الزالي لا شرائه في الإجماع « اتفاق أمة محمد » وفي ذلك يقول الآملى بأن ما ذكره الزالي يؤدي الى « عدم انتقاد الإجماع الى يوم القيامة فإن أمة محمد حجة من اتبته الى يوم القيامة » .

ومما تجدر ملاحظته أنه لا يشترط - كما قد يظن البعض - أن يجتمع أولئك المجتهدون في مكان واحد لتبادل الرأي ، وإنما يصح أن يتم الأدلاء بآرائهم مجتمعين أو منفردين (١) . ونلاحظ أن امكان ابداء آرائهم منفردين هو مما يزيد من صعوبة تحقق الإجماع ، بل مما يجعله ضربا من ضروب المحال .

٣ - يجب أن يكون ابداء الرأي « صراحة » سواء كان قولاً أو فعلاً ، أما ابداء الرأي « قولاً » فذلك - كما يقول فقهاء الشريعة - كأن ينفي الواحد منهم في الواقعة بقوى ، أما ابداء الرأي « فعلاً » فذلك بأن يقضى فيها بقضاء (٢) .

ويتربط على ذلك أنه اذا أبدى بعض المجتهدين رأيه صراحة ، وسكت البعض الآخر عن ابداء الرأي في مسألة من المسائل ، فإن الرأي الراجح لدى الأصوليين أنه لا يوجد في هذه الحالة إجماع حقيقي فلا يكون حجة شرعية وذلك لأنه - على حد تعبير الامام الغزالي - لا ينسب الى ساكت قول (٣) .

٤ - ذلك الإجماع يشترط صدوره من « المجتهدين » لا من عامة المسلمين (٤) . ، وهنا يجدر بنا أن نعرف من هو « المجتهد » ، وما هي الشروط التي يجب توفرها في الفرد (المسلم المكلف) كي يصبح في عداد « المجتهدين » ؟

(١) « أصول الفقه » ص ٤٨ ، وراجع « المستصفى » الغزالي ج ١ حيث يقول أنه ان لم يكن من المستطاع معرفة رأى بعض المجتهدين أو مذهبهم « بالمشاهدة » لتفرقهم في مختلف الأقطار فإنه يمكن معرفة مذهبهم « بأخبار التواتر » « كما عرفنا أن مذهب جميع أصحاب الشافعي منع قتل المسلم باللاى وبطلان الكتاب بلا ولا الخ » .

(٢) « أصول الفقه » ص ٤٧

(٣) « المستصفى » للغزالي ج ١ ص ١٣١ ، « وأصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٤٧ وسوف نعود الى هذه النقطة بتفصيل أوفى ، وذلك بصدد الكلام عن « أنواع الإجماع » .

(٤) نلاحظ أن الامام الغزالي (في كتابه « المستصفى » ج ١ ص ١١٠) يعرف الإجماع بأنه « اتفاق أمة محمد صلى الله عليه وسلم على أمر من الأمور الدينية » على أننا نجده ذلياً بعد (ص ١١٥) يبين أنه انما يقصد اتفاق « كل مجتهد مقبول الفتوى » أو « أهل الحل والعقد » ثم يقول « وبحسن تسمية ذلك إجماع الأمة قاطبة » ، كما أن الجند اذا حكموا جماعة من أهل الرأي والتدينير في مصالحه أهل قلعة =

تعريف - «المجتهد» هو من كان أهلاً لاستنباط الأحكام الشرعية جميعاً ، ويسمى «المجتهد المطلق» . أما إذا كان أهلاً لاستنباط الحكم الشرعي لمسألة معينة فحسب ، فإنه في هذه الحالة يطلق عليه «المجتهد الخاص» أو «المجتهد الجزئي» (١) .

الشرط الواجب توفرها في «المجتهد المطلق» تتلخص فيما يلي :

(أولاً) المعرفة بآيات الأحكام وأسباب نزولها (أي حكمة التشريع) فلا تشترط المعرفة بجميع آيات القرآن ، وإنما يكفي فهمها بحسب معرفة الآيات المتعلقة بالتشريع ، ومعرفة الناسخ والمنسوخ منها (٢) .

(ثانياً) المعرفة بموقع كل باب من أبواب الحديث بحيث يغدو من اليسر الرجوع الى الحديث المراد الاستدلال به ، ولا يشترط هنا كذلك حفظ هذه الأحاديث (أحاديث الأحكام) .

(ثالثاً) المعرفة بأن المسألة التي هي موضع بحث المجتهد ليست مجمعة فيها على رأي يخالف رأيه .

== فصارحوم على شيء ، يقال هذا باتفاق جميع المجتهدين ، فإذا كل مجمع عليه من المجتهدين ، فهو مجمع عليه من جهة العوام ، وبه يتم إجماع الأمة « وفي ذلك يقول الأستاذ الشيخ خلاف (في كتابه « أصول الفقه » ص ٤٩) » أن الحكم الذي اتفقت عليه آراء جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية هو في الحقيقة حكم الأمة ممثلة في مجتهديها « على أنه يفهم مما كتبه الفزالي (المرجع السابق ص ١١٥) أن المسألة تختلف فيها ، ولو أن هذا الرأي هو الراجح .

(١) راجع « الاجتهاد في الاسلام » للأستاذ الأكبر الشيخ محمد مصطفى المراغي ص ١٢ حيث يقول « المجتهد والفقيه والمفتي تعد مترادفات في اصطلاح علماء الأصول » - « على أننا نوجه الانتظار الى أن « المفتي » يشترط فيه أن يكون عدلاً بخلاف « المجتهد » ، ولكن في حالة الإجماع إنما يكون المجتهد مفتياً « فالعدالة (كما يقول الامام الفزالي) شرط القبول للفتوى لا شرط صحة الاجتهاد » راجع « المستصفى » للفزالي الجزء الثاني ص ١٠١ - ويلاحظ أنه اذا أطلق اصطلاح « الاجتهاد » فالمراد به الاجتهاد المطلق .

(٢) ويضيف علماء الأصول وأساتذة الشريعة عادة الى ما تقدم : « أنه لا يشترط حفظ تلك الآيات ، بل يكفي معرفة موضع الآية التي يراد الاستدلال بها ، وما اذا كانت تلك الآية منسوخة أم غير منسوخة » راجع « المستصفى للفزالي » ج ٢ ص ١٠١ ، ١٠٢ .

(رابعاً) المعرفة باللغة العربية والنحو والصرف ، الى غير ذلك من علوم البلاغة التي تمكن الباحث من فهم الكتاب والسنة فهما صحيحاً (١) .

أما الشروط الواجب توفرها في « المجتهد الخاص » أو « المجتهد الجزئي » فهي أكثر يسراً من الشروط السالفة ، فمن أراد أن يكون مجتهداً في مسألة من المسائل فحسبه أن يكون ملماً بآيات الأحكام وأحاديث الأحكام ومواضع الإجماع المتعلقة بتلك المسألة فحسب (وذلك على وجه التفصيل الذي سبقت الإشارة إليه ، فضلاً عن الإلمام باللغة العربية الخ) ، الخلاصة أن عليه أن يكون عارفاً بما يتعلق بتلك المسألة ومالابذ منه فيها (٢) .

وهنا يلاحظ الأستاذ الأكبر الشيخ المراغي أن مهمة المجتهد أصبحت ميسرة في العصر الحديث ، بعد أن قام علماء أجلاء بجمع كل من آيات الأحكام ، وأحاديث الأحكام ، والناسخ والمنسوخ ، ومواقع الإجماع ، كل منها في كتاب ، كما أصبحت تلك الأحكام مدونة في كتب الفقه وفي شرح الحديث وكتب التفسير ، كما أن الحديث قد ميز صحيحه من فاسده وفرغ الناس من تدوين سير الرواة ، ومذاهب الفقهاء أصبحت جميعها مدونة وأدلتها معروفة ، مما لم يكن ميسوراً لأحد في العصور الأولى للإسلام (٣) .

هـ — الشرط الخامس من شروط الإجماع ، هو اتفاق المجتهدين المسلمين « في جميع الأقطار » أو في « الأمة الإسلامية » على حد تعبير فقهاء

(١) راجع « المستصفى » للزلي ج ٢ ص ١٠١ - ١٠٣ ، و« سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ - ومن الأمور البدعية أن « المجتهد » يجب أن يكون أولاً من المسلمين المكلفين ، فعلماء الدين المسيحي أو اليهودي أو غيره من الأديان لا يعدون بدعاة من « المجتهدين » في نظر الشريعة الإسلامية ، حتى ولو عتوا بالبحوث الفقهية الإسلامية كما هو شأن بعض المستشرقين الغربيين المسيحيين في العصر الحديث .

(٢) ذلك ما ذكره الأستاذ الأكبر الشيخ المراغي (في كتابه « الاجتهاد في الإسلام » ص ٢١) ، وكان ذلك - كما يقول - نقلاً عن كتاب « الأحكام » للزلي .

(٣) « الاجتهاد في الإسلام » للمراغي ص ١٧ ، ١٨

الشرعية ، فلو كان هناك بعض من المجتهدين في بعض الأقطار غير الاسلامية فإنه يجب معرفة رأيه وموافقته ، وذلك من أجل أن يكون ثمة حقا إجماع (١) .

ولقد كان الامام مالك يرى الحجة في إجماع « أهل المدينة » فحسب ، وكان يرى البعض إجماع « أهل الحرمين » (مكة والمدينة) و« المصريين » (الكوفة والبصرة) ، ويبدو أن هذه الآراء كانت ترجع — كما يقول الامام الغزالي — الى اعتقاد أصحابها أن تلك البقاع كانت تجمع اذ ذاك جميع المجتهدين ، وهو — كما يقول — غير صحيح لأن المجتهدين « كانوا دائما متفرقين في الأسفار والغزوات والأمصار » (٢) .

٦ — أن يحدث الإجماع في أي عصر من العصور « بعد وفاة الرسول » أما في حياة الرسول فلا مكان للإجماع ، لأن الرسول إما أن يوافق الصحابة المحمدين أو يخالفهم ، فأن وافقهم ثبت الحكم الشرعي بالسنة ، وأن خالفهم فلا عبرة بإجماعهم (٣) .

٧ — أن يكون « موضوع الإجماع » أو « المجتهد فيه » على حد تعبير الامام الغزالي « أمرا من الأمور الدينية » (٤) .

٨ — ألا نجد في المسألة التي يعرض لها الإجماع سوى « حكما شرعيا ظاهريا » ، فالحكم الشرعي الثابت بدليل قطعي الثبوت والدلالة لا يصح

(١) المستصفى للغزالي ج ١ ص ١١٠ حيث يقول « فأن قيل لعل أحدا منهم (أي من المجتهدين) في أسر الكفار وبلاد الروم قلنا يجب مراجعته » .

(٢) المستصفى للغزالي ج ١ ص ١١٨ ، ١١٩ — ويضيف الى ما تقدم قوله : « وقد قال قوم الحجة في اتفاق الخلفاء الأربعة ، وهو تحكم لا دليل عليه الا ما تخيله جماعة في أن قول الصحابي حجة ، وسأقي موضعه » ، ونحن كذلك سنعود الى الكلام تفصيلا عن هذه المسألة في موضعها ، وذلك بصدد الكلام عن « مذهب الصحابي » (بين مصادر الشريعة المختلف فيها) .

(٣) « أصول الفقه » ص ٤٧ — « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٢٦٦

(٤) « المستصفى » للغزالي ج ١ ص ١١٠ على أن الامام الآملي (في كتابه « الأحكام في أصول الأحكام » ج ١ ص ١٠١) لا يوافق الامام الغزالي على هذا الشرط ويرى أن الإجماع يصح أن يتم كذلك في غير الأمور الدينية .

أن يكون موضوعاً للجهاد ولا للإجماع ، وإنما يكون الإجماع في المسائل
الاجتهادية التي يوجد لها دليل ظني سواء كان حديثاً من أحاديث الآحاد
أم قياساً مثلاً (١) .

٩ - الشرط الثامن والآخر من الشروط الواجب توفرها لصحة
« الإجماع » هو كفالة حرية الرأي (٢) .

على أننا نرى أنه لا كفالة لحرية الرأي دون كفالة للحرية الشخصية
التي تشمل - فيما تشمل « حق الأمن » أي حق الفرد أن يطمئن إلى أنه
لن يجس أو يقبض عليه كنتيجة لاجراءات تعسفية ، وإنما بناء على قرار
من الهيئات القضائية (كقاعدة عامة) . أما قولنا «كقاعدة عامة» فذلك لأنه
تستثنى عادة حالة التلبس بارتكاب جريمة ، فإنه يمكن في هذه الحالة لقاء القبض
على الشخص المتلبس دون انتظار لوصول أمر أو قرار من الجهات
القضائية (٣) .

(١) « الاجتهاد في الاسلام » للمراعي ص ٢٦

فلا موضع للاجتهاد ولا للإجماع في المسائل المعلومة من الدين بصورة قطعية يقينية مثل
وجوب الصلوات الخمس وصوم رمضان وحرم الزنى والقتل النجس ، والمقدرات الشرعية مثل مقدار
الزكاة والحدود على اختلاف أنواعها (حد الزنا وحد السرقة النجس) . وإنما يكون الاجتهاد في المسائل
التي لم يرد فيها نص من الكتاب ولا السنة ، كما يكون الاجتهاد بصدد الدليل الظني الثبوت من السنة ،
فبيحت المجتهد من سننه وسال روايته . ومن الأمور البهية أن الإجماع لا يكون الا عن دليل
شرعي يستند اليه وقد يكون الدليل هو الأخذ بالقياس مثلاً . راجع « سلم الوصول لعلم الأصول »
صفحة ٢٦٦

(٢) نلاحظ أننا لم نجد أحداً من فقهاء الشريعة قد أشار الى هذا الشرط اللهم الا الأستاذ الأكبر
الشيخ شلتوت (في كتابه « الاسلام عقيدة وشرعية » ص ٤٧٤) .

(٣) تشمل « الحرية الشخصية » La Liberté individuelle في اصطلاح الفقه الدستوري
الحديث للأشياء الثلاثة الآتية :

(١) حرية الفتو والرواح

(ب) حق الأمن droit de Sureté أي حق الفرد أن يطمئن الى أنه لن يجس أو يقبض
عليه بصورة تعسفية (وذلك على وجه التفصيل الذي سبق أن بيناه) .

(ج) حرمة المسكن inviolabilité du domicile وهي تتضمن تحريم دخول المسكن الخاص
الا بموافقة صاحبه ، وأنه ليس لرجال البوليس دخوله الا بناء على قرار
من رجال السلطة القضائية (لهم الا في حالة التلبس) .

فهذه الحرية (لأسيا حق الأمن) هي في الواقع أهم أنواع الحريات ،
فحيث لا توجد فليس لحرية الرأي في الواقع وجود ، وان وجدت طى
نصوص القوانين أو اللساتير (١) .

أنواع الإجماع : « الإجماع الصريح » و « الضمنى »

أهم أنواع الإجماع التى ينقسم إليها - من حيث كيفية حلوله - نوعان :
إجماع صريح ، وإجماع ضمنى .

فالإجماع الصريح يكون حيث يُرى المجتهدون يبدون جميعاً رأيهم صراحة
(بفتوى أو قضاء) - أما الإجماع الضمنى فيكون حيث نجد بعضهم قد أبدى
رأيه صراحة ، والبعض الآخر قد سكت عن ابداء الرأى .

والإجماع الضمنى هو موضع خلاف بين الأصوليين ، فالبعض (ومنه
الحنفية) يرونه إجماعاً أى حجة شرعية ، أما الرأى الراجح (وهو مذهب
الجمهور فبرى) أن الإجماع الصريح هو وحده الإجماع حقيقة ، أى أنه وحده
حجة شرعية بخلاف الإجماع الضمنى ، فعلى حد تعبير الامام الغزالى « لا ينسب
الى ساكت قول » (٢) .

(١) ولعل الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت كان يشير الى ذلك حين وجدناه بعد اشتراطه
كفالة « حرية الرأى للباحثين » يردف الى ذلك قوله : « وألا يتصل بها مظهر من مظاهر الضنط
الذى قد يكبل به السلطان حرية الرأى » .

(٢) « المستصفى » للغزالى ج ١ ص ١٣١ حيث يضيف الى ما تقدم بأن بعض الفقهاء
يرى أن سكوت المجتهدين يصح أن يعد حجة « اذا دلت قرائن الأحوال على أنهم سكتوا مضميرين
الرضا » - ومن ذلك الرأى أيضاً الأستاذ الشيخ خلاف (فى كتابه « أصول الفقه » ص ٥٤)
وزيد هنا أن توجه الأنظار الى أن أساتذة الشريعة يطلقون عادة على هذين النوعين : « الإجماع
القولى » و « الإجماع السكوتى » ، ولكننا أثرنا هذه التسمية التى ذكرناها .

ويذكر بعض أساتذة الشريعة نوعاً ثالثاً من أنواع الإجماع يطلقون عليه « الإجماع العملى » ،
وهو يكون « حين يتفق المجتهدون على عمل » (راجع فى ذلك كتاب الأستاذ عمر عبد الله ص ٢١٧)
ولكننا وجدنا البعض الآخر (كالأستاذ الشيخ خلاف فى كتابه « أصول الفقه » ص ٥٣) لم يشير
الى ذلك النوع الثالث ، وكذلك شأن الامام الغزالى (فى كتابه « المستصفى ») .

مصدر حجية الاجماع

يستدلون - لتقرير حجية الاجماع (أولاً الى القرآن ، ثانياً) الى الحديث أما الآيات القرآنية التي يستدلون اليها فأهمها الآية الكريمة : « بأمر الله وآمروا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » - ولفظ الأمر معناه الشأن وهو عام يشمل الأمر الديني والأمر الدنيوي ، وأولو الأمر الدنيوي هم من نطلق عليهم في العصر الحديث « الحكام » ، أما أولو الأمر الديني فهم « المجتهدون » أو « أهل الفتيا » كما يطلق عليهم لدى رجال الشريعة (١).

وإذا أريد تبرير اعطاء المجتهدين حق اصدار قرارات ملزمة للمسلمين (عن طريق « الاجماع ») فإنه يمكن أن يقال أن الله وقد ذكر في القرآن أنه قد أتم دينه ، وهودين أبدي لأن الرسول هو خاتم المرسلين ، ولما كانت الأحكام الواردة في القرآن والسنة لا تشمل جميع ما يستجد من المسائل والمشاكل ، لذلك كان من الضروري أن نستنبط من النصوص ومن المبادئ العامة للاسلام وروحه حلولاً لتلك المسائل . وبما أن العلماء (المجتهدين) هم المختصون بهذه المهمة (مهمة استنباط تلك الحلول) فإن اجماعهم يعد معبراً عن يقين عن حكم الدين (٢).

(١) « أصول الفقه » ص ٤٩

وهناك آيات قرآنية أخرى تذكر لاثبات حجية الاجماع ، منها قوله تعالى « واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا » ، وأقوى تلك الآيات (كما يقول النزالي) قوله تعالى : « ومن يشاقق الرسول من بعد ما يتبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً » فهذه الآية تبين أن اتباع غير سبيل المؤمنين أمر محرم ، ومن ذلك فإنه يلزم اتباع سبيلهم ، وبلق يكون الاجماع حجة .

راجع في ذلك « المستصنى » للززال ج ١ ص ١١١ وكتاب « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٢٧١ ، ٢٧٢ حيث يستند الأستاذ الشيخ عمر الى كتاب « نهاية السؤل شرح مناهج الأصول » للبيضاوى ج ٣ ص ٨٦٢ ، ٨٦٣

(٢) راجع في ذلك ميو Milliot (أستاذ الشريعة الاسلامية بجامعة باريس في كتابه

« المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » طبع بباريس ١٩٥٥ ص ١٢٧ .

Introduction a' L'étude de droit Musulman .

(ب) وأما عن السنة فإننا نجد الكثير من الأحاديث التي تعبر عن عصمة الأمة عن الخطأ ، وأهمها وأقواها الحديث المعروف : « لا تجتمع أمتي على الخطأ » ، ومن تلك الأحاديث « لا يجتمع أمتي على الضلالة » ، ومنها قوله : « يد الله مع الجماعة » (١).

القوة القانونية لمجموع (أو حجية الإجماع)

إذا تحققت أركان الإجماع الثمانية (٢) أصبحت له حجة شرعية لا يجوز مخالفتها ، فالإجماع — في نظر جمهور الفقهاء — حجة تفيد القطع واليقين لا الظن والرجحان ، ومرتبته تأتي بعد القرآن والسنة .

هل نرى أهمية على العصور التالية ؟ — إذا كان لا يجوز لأحد أو لمجموعة أن يخالف هذا الإجماع ، فهل يجوز للمجتهدين جميعاً فيما بعد — ولو في أحد العصور التالية — أن يعيدوا النظر في تلك المسألة التي تناوَلها إجماع سابق ، وأن ينقضوها أو يخالفوها « بإجماع » لاحق ؟ المسألة موضع خلاف بين فقهاء الشريعة .

(١) فالبعض يرى أنه ليس للمجتهدين — حتى في عصر نال — مخالفة إجماع سابق ، لأن الحكم الذي ثبت بهذا الإجماع (السابق) هو « حكم شرعي قطعي لا مجال لمخالفته ولا لنسخه » (٣).

(١) « المستصفى للفتاوى » ج ١ ص ١١١

(٢) يلاحظ أن أسئلة الشريعة الإسلامية عادة يذكرون أربعة أركان (كما كان شأن الأستاذ الشيخ خلاف) أو خمسة (كما كان شأن الأستاذ الشيخ عمر عبد الله) وذلك لأنهم يدمجون أحياناً ركنين معاً ، وكان الأوفق التمييز والفصل بينهما ، ثم أنهم فاتهم (اللهم إلا الأستاذ الشيخ شلتوت) ذكر أحد الأركان وهو الركن الثامن (وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك) .

(٣) « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٤٨

ونجد كذلك الإمام الفزالي (في كتابه « المستصفى » ج ١ ص ١٢٢) يرى أنه لا يجوز نقض الإجماع من المجتهدين أنفسهم الذين وافقوا عليه ، لأنه في هذا الحالة — على حد تعبيره « يكون أحد الإجماعين خطأ وهو محال » — ويبدو أنه يقول باستحالة ذلك الخطأ الإجماعي لأن في هذا مخالفة للأحاديث المعروفة التي تقرر عصمة الأمة عن الخطأ — وقد ردّد الأستاذ الشيخ عمر عبد الله هذا الرأي (في كتابه ص ٢٧٠) . حيث يقول « فالإجماع الذي هو فعل المجتهدين المجعّمين اعتبر دليلاً بالنسبة لمن جاء بعدهم . بدون بحث عن المستند الذي استند إليه المجعّمون في إجماعهم » .

(ب) ويرى البعض الآخر بالعكس أن للمجتهدين أنفسهم أو لمن يأتي بعدهم - إذا تغيرت ظروف الإجماع - أن يعدلوا النظر في المسألة وأن يتقضوا الإجماع السابق بإجماع لاحق ، ومن باب أولى لا يكون الإجماع في عصر من العصور ملزماً للمجتهدين في عصر تال (١) .

ونحن نميل الى الأخذ بهذا الرأي الثاني ، اذ أن الرأي الأول لا يتفق مع روح المرونة التي تمتاز بها الشريعة الاسلامية والتي هي احدى خصائصها - كما قدما - ، بل أنه ليضفى عليها صبغة من الجمود الذي يعوقها عن النهوض والملاءمة مع الظروف المتطورة للمجتمع .

ويبدو لنا أن الرأيين متفقان على أن الإجماع اذا انعقد على أمر من الأمور في عصر من العصور فإنه لا يجوز لمجتهد مخالفته ولو جاء ذلك المجتهد في عصر من العصور التالية .

الفقه الحديث يبين مبرأ الجمود المطلوب للتشريع . وهنا نجد بنا أن توجه الأنظار الى أن الرأي السائد في الفقه الحديث ينبذ الرأي القائل بأن تشريعات من التشريعات ، سواء كان تشريعاً عادياً (أى قانوناً) أو تشريعاً دستورياً (أى دستوراً) يصبح أن ينص على جوده جوداً مطلقاً ، أى أن ينص على عدم قابليته للتعديل أو للألغاء ، فإن مثل هذا النص يعد باطلاً قانوناً (٢) :

(١) هذا هو ما يراه الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (في كتابه : « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٤٧٥) حيث يقول : « اذا كان من أسس الإجماع اتفاق النظر في تقدير المصلحة ، وهي ما تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال فانه يجوز للمجتهدين أنفسهم أو لمن يأتي بعدهم أن يعدلوا النظر في المسألة على ضوء الظروف الجديدة ، وأن يقرروا ما يحقق المصلحة التي تقتضيها تلك الظروف ، ويكون الاتفاق الثاني اجماعاً منبهاً لآثر الإجماع الأول ، ويعبر هو الحجة التي يجب اتباعها وإذا وجدت المصلحة فشرع الله » .

(٢) وقد سبق لنا أن عالجنا تفصيلاً هذه المسألة في كتابنا « الوسيط في القانون الدستوري » (طبعة ١٩٥٦ ص ١٠٢ - ١٠٧) وبتفصيل أوفى في كتابنا « المفصل في القانون الدستوري » الجزء الأول طبعة ١٩٥٢ ص ١٤٨ - ١٥٦ ، ولقد كان كلامنا قاصراً على بيان بطلان الرأي .

مفادته بين الإجماع و«الفقه» المجمع عليه (بمفهومه لدى رجال القانون الوضعي في مصر) .

يرى بعض الزملاء من أساتذة القانون لدينا أن الإجماع إنما كان « الفقه المجمع عليه » . الواقع أن هذا الرأي يتطلب منا بعض ملاحظات ، على أننا يجب أولاً أن نشير الى أن « الفقه » La doctrine بمفهومه المعروف لدى رجال القانون إنما يقصد به مجموع الآراء التي يدلي بها فقهاء القانون الذين هم عادة في العصر الحديث أساتذة القانون في كليات الحقوق (الحاليون منهم والسابقون) (١) .

ملاحظات : ويتلخص ما نريد ابداءه من ملاحظات بهذا الصدد فيما يلي :

(أولاً) أن الإجماع إنما هو — كما قدمنا — اتفاق جميع «المجتهدين» ولكن يجب ألا يفوتنا أن «المجتهد» يصبح أن يكون قاضياً ، والرأي الذي ينسب اليه في المسألة (موضوع الإجماع) إنما كان حكماً قضائياً ، والأحكام القضائية لا تعد جزءاً من « الفقه » بمفهومه لدى رجال القانون .

==القاتل (أو بطلان النص القاضي) بمجمود التشريع الدستوري: وهو يتلخص في أن مثل هذا النص لا قيمة له سواء من الناحية السياسية (أي العملية أو الواقعية) أو من الناحية القانونية ، أما القول بأننا إذا نظرنا الى الناحية الواقعية أو السياسية فأننا نجد أن هذا النص (أو الرأي) لا قيمة له فذلك لأنه ضد طبيعة الأشياء فهو سيظل نصاً ميتاً لأنه سوف يفقد الحياة على يد إحدى الثورات أو الانقلابات ، فالهدف الأساسي للدستور إنما هو بيان نظام الحكم في الدولة طبقاً للمبادئ والآراء السياسية والاجتماعية التي كانت سائدة وقت وضع الدستور ، وبما أن هذه المبادئ والآراء تتغير وتطور ، لذلك لم يكن من الحائز أن نحدد نظام الحكم بصورة ثابتة لتلا يندو يوماً مخالفاً للضرورات السياسية ولرغبات البلاد . أما من الناحية القانونية فإن مثل ذلك النص يعد باطلاً ، لأن الدستور إنما هو القانون الأساسي الأعلى للبلاد ، وكل قانون قابل دائماً للتبديل والتعديل — وفي البلاد التي يقوم فيها الدستور على أساس مبدأ سيادة الأمة نجد أن النص على عدم التعديل يتناقض مع ذلك المبدأ ، فحرمان الأمة حق تعديل الدستور يعد بمثابة حرمان لها من العنصر الأساسي لتلك السيادة .

(١) بهذا المعنى استعملت كلمة الفقه في قول البعض « ان الإجماع إنما كان الفقه المجمع عليه » ، على أنه يقصد أحياناً « بالفقه » جماعة الفقهاء (أساتذة القانون) أنفسهم الذين يقومون بالإدلاء بذلك الآراء شرحاً للقانون أو تعليقاً على أحكام القضاء ، فيقال مثلاً : أن هذا هو الرأي الذي استقر عليه الفقه .

ثم أن المجتهد الجزئي (أو الخاص) لا يعد حتماً من الفقهاء .

(ثانياً) أن كلمة « الفقه » مفهوماً لدى علماء الشريعة الإسلامية ذات معنى يختلف عن معناها المعروف لدى علماء القانون (كما بيناه) .

فلدى علماء الشريعة يقصد بالفقه : ذلك « العلم » الذي يبحث الأحكام الشرعية « العملية » ، وهي — كما قدمنا — تشمل العبادات والمعاملات ، فلا تشمل الأحكام الاعتقادية (كالأحكام المتعلقة بذات الله وصفاته وبالإيمان به وبرسله الخ) اذ هي موضوع علم التوحيد (أو علم الكلام) (١) .

وأحياناً يقصد بكلمة الفقه تلك « الأحكام الشرعية العملية » ذاتها . والفقه بهذا المعنى المزدوج هو في الواقع ما يقصد بعبار « الشريعة الإسلامية » بمفهومها المعروف في كليات الحقوق ، فالواقع أن استعمال كلمة الشريعة بهذا المعنى — كما يقول بعض علماء الشريعة — إنما هو استعمال مجازي (٢) .

فكلمة « الشريعة » إنما تستعمل — لدى علمائها — بمعنى أعم من الفقه بحيث يعد الفقه جزءاً منها ، اذ يقصد بها لديهم : جميع الأحكام التي شرعها الله لعباده على لسان أحد الرسل فهي تشمل ثلاثة أنواع من الأحكام أو من العلوم :

١ — علم الفقه : بالمعنى الذي سبق بيانه (الذي يشمل العبادات والمعاملات) .

٢ — علم الاخلاق (وهو يبين الأحكام المتعلقة بهتذيب النفوس واصلاحها) .

٣ — علم الكلام أو التوحيد (الذي يبحث في الأحكام الاعتقادية) (٣) .

(١) لزيادة التفصيل في شرح المقصود « بالأحكام الشرعية العملية » راجع ما كتبناه بها من ص ٥ .

(٢) « المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي » (طبعة ١٩٥٩ ص ٣ ، ١٤) للأستاذ الشيخ محمد شطي .

(٣) من الطريف ما يذكر من أن « الفقهاء » (أي علماء الفقه أو الشريعة) كما يطلق عليه في كليات الحقوق كان يطلق عليهم في فجر الإسلام « القراء » تمييزاً لهم عن الذين لم يكونوا =

(ثالثاً) وأخيراً يجدر بنا أن نذكر أنه إذا كان الفقه (١) يعد في العصر الحديث غير ذي قوة الزامية وأنه مجرد مصدر « تفسيري » يسترشد به القاضي أي دون أن يكون ملزماً باتباعه ، إلا أنه (أي الفقه) كان له في ظل بعض الشرائع في الأزمنة القديمة شأن كبير ، حتى أنه كان يعد في بعض الحالات أو بعض الأزمان مصدراً « رسمياً » (لا تفسيرياً فحسب) من مصادر القانون كما كان الشأن في القانون الروماني ، وكذلك في الشريعة الإسلامية ، على أنه لا يزال للفقه الإسلامي حتى اليوم في بعض الأحوال شأن كبير .

(١) - في القانون الروماني - وحسبنا بياناً لما تقدم أن نذكر أنه حين آل الفقه الروماني الى التدهور بعد انقضاء العصر العلمي الذي بلغ فيه ذلك الفقه أوج ازدهاره بل وعظمته (٢) أصدر امبراطور الدولة الرومانية الشرقية وامبراطور الدولة الرومانية الغربية قانوناً مشتركاً عام ٤٢٦ م . كان يلزم القضاة بالرجوع لآراء الخمسة المشهورين من فقهاء العصر العلمي والأخذ بها فيما يعرض عليهم من القضايا ، وبذلك أصبح الفقه مصدراً رسمياً للقانون (٣) . - وأخيراً نجد الموسوعة

يقرون القرآن ، اذ كان العرب أمة أمية كما هو معلوم ، فلما نهضت العرب حضارتهم واتسع سلطانهم وزالت الأمية عن الكثيرين منهم تغيرت تسمية « القراء » الى الفقهاء أو العلماء . راجع فيما تقدم « المدخل لدراسة الفقه الإسلامي » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى . طبعة ١٩٦١ ص ٩ - ١٣ ، ومؤلف « المدخل » المرجع (السابق) للأستاذ الشيخ محمد شلبى صفحة ١٣ - ١٥ .

(١) يلاحظ أننا نستخدم كلمة « الفقه » في هذه النبرة بمفهومها المعروف لدى رجال القانون (٢) يقع العصر العلمي ما بين عام ١٣٠ قبل الميلاد ، و ٢٨٤ بعد الميلاد أي ما يزيد قليلاً من أربعة قرون .

(٣) هؤلاء الفقهاء الخمسة الكبار هم جايوس ، بول ، البيان ، بابتيان ، مودستان ، بحيث اذا اختلفت الآراء اعتمد رأى الأغلبية ، وإذا تساوت اعتمد الرأى الذى كان صوت بابتيان الى جانبه .

راجع في ذلك بحثاً للأستاذ الدكتور عمر مملوح بعنوان : « الفقه عند الرومان » نشر بمجلة الحقوق : السنة الثالثة (١٩٤٨) العدد الرابع ص ٦٠٠ - ٦١٠ .

(Digesta) التي جمعها الامبراطور جوستنيان في القرن السادس الميلادي والتي هي عبارة عن أحكام القانون الروماني انما كانت مستقاة من المؤلفات التي تركها كبار فقهاء الرومان في العصر العلمي (١) .

(ب) - في الشريعة الاسمية - كان للفقه - كما قدمنا - شأن كبير في تكوين الاجماع الذي يعد المصدر الثالث من مصادر الشريعة الاسلامية . على أن الفقه الاسلامي - خلافا للفقه الروماني - لم تقتصر فحسب أهميته ومكانته على الأزمنة القديمة ، بل أنه لا يزال له حتى اليوم - كما قدمنا - شأن بل شأو كبير (٢) .

- ٤ -

القياس

تمهيم - ذهب جمهور علماء المسلمين الى أن القياس حجة شرعية وأنه في المرتبة الرابعة من مصادر الشريعة الاسلامية ، بمعنى أنه اذا لم يوجد نص في القرآن أو السنة يدل على الحكم الشرعي في مسألة من المسائل كان الواجب أن نبحث عما اذا كان هناك اجماع من المجتهدين على الحكم الشرعي بصدد هذه المسألة فاذا لم يكن ثمة اجماع كان الواجب أن نلجأ الى استنباط الحكم الشرعي بطريق القياس أو بغيره من طرق الاستنباط .

(١) راجع فيما تقدم : « نظرية القانون » للأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي طبعه ١٩٥٤ ص ١٩٣ ، ١٩٤ - و« المنهل للعلوم القانونية » للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدر اوى طبعه ١٩٦٠ ص ٣٥٦ - ٣٥٩ ، و« أصول القانون » للأستاذ الدكتور حسن كبره الطبعه الثانية ١٩٦٠ ص ٢٦٢ - ٢٦٤

(٢) يلاحظ أننا نستخدم هنا اصطلاح « الفقه الاسلامي » بالمعنى المعروف لدى رجال القانون الوضعي .

تعريف : القياس - في اصطلاح الأصوليين - هو الحاق واقعة
لا نص على حكمها الشرعى بواقعة ورد نص (فى القرآن أو السنة) بحكمها ،
وذلك فى الحكم الذى ورد به النص ، لتساوى الواقعتين فى علة هذا الحكم (١) .

بين القياس والاجماع - اذا كان الحكم الشرعى لم يثبت بنص من القرآن
أو السنة ، وانما ثبت باجماع سابق من المجتهدين ، فهل يصح القياس على هذا
الحكم الشرعى الثابت بالاجماع ؟ المسألة موضع خلاف ويبدو أن الرأى الراجح
أن القياس لا يصح الأخذ به فى هذه الحالة ، وذلك لأن الاجماع - كما يقولون -
لا يتطلب فيه أن يذكر مع الحكم الشرعى المجمع عليه مستنده ، ولا سبيل
الى ادراك علة الحكم بدون ذلك المستند ، ولا سبيل الى القياس بدون ادراك
تلك العلة . ذلك كان الرأى الذى ذكره ورجحه الأستاذ الشيخ خلاف (٢) .

على أنه يبدو لنا أنه يصح أن نتساءل : اذا كان السبب المسوغ لترجيح
الرأى القائل بعدم الأخذ بالقياس فى هذه الحالة هو أن الحكم الشرعى
المجمع عليه لا يشترط فيه أن تذكر معه أسبابه ، فلماذا لا يصح اذا القياس
على الحكم الشرعى المجمع عليه فى الحالة التى تذكر فيها مع ذلك الحكم
أسبابه ؟

(١) « أصول الفقه » (المرجع السابق ص ٣١٨، ٥٥٥) للاستاذ الشيخ خلاف ، حيث يذكر
مثالا لذلك : قتل الوارث مورثه واقعة ثبت بالنص بحكمها (بالحديث الشريف : « لا يرث القاتل »)
وهو حرمان القاتل من الأثر ، لعله هى أن قتله فيه استبعاد لشيء قبل أو انه ، وقتل الموصى
له الموصى توجد فيه هذه العلة ، فيقاس بقتل الوارث مورثه ويحرم القاتل للموصى من استحقاق
مأوصى به اليه .

وراجع كتاب « نقض كتاب الاسلام وأصول الحكم » للاستاذ الأكبر المرحوم الشيخ محمد
الخضرى حسين (طبعة ١٣٤٤ هجرية) ص ٢٠١ حيث يقول بأن الداميا « قاسوا القضاء فى حال
المرض حل القضاء فى حال الغضب المنصوص عليه فى قوله صلى الله عليه وسلم « لا يقضى التناضى
وهو غضبان » لأن علة المنع من القضاء متحققة فى حال المرض وهى قلق الفكر واضطرابه .

(٢) « أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » (المرجع السابق ذكره) ص ٦٥
وراجع « الاجتهاد فى الاسلام » للاستاذ الأكبر الشيخ المراغى حيث يذكر بين مصادر الشريعة
(ص ٢٦) « القياس على النصوص » ، مما يفهم منه - فيما يبدو لنا - أنه لا يرى صحة القياس
على الاجماع - وراجع عكس هذا الرأى فى مؤلف الاستاذ الشيخ عمر عبد الله « سلم الأصول لعلم
الأصول ص ٢٨١

التفرقة بين القياس والاجتهاد . الاجتهاد - في اصطلاح الأصوليين -
هو بذل المجهود أقصى الجهد لاستنباط حكم شرعى عملى بطريق القياس
أو غيره من الأدلة الشرعية (١) .

مما تقدم يتبين أن « الاجتهاد » أعم من القياس ، وأن القياس مظهر
من مظاهره لأن الاجتهاد هو بذل أقصى الجهد للوصول الى حكم شرعى
عملى فى أية واقعة بأى دليل شرعى أو بالرجوع الى أى مصدر من مصادر
الشريعة سواء كان نصا فى القرآن أو السنة أو كان إجماعا أو قياسا أو غير
هذا أو ذاك ، فكل قياس هو اجتهاد ، وليس كل اجتهاد قياسا (٢) .

أركان القياس : يتبين من التعريف السابق أن كل قياس يتكون
من أركان أربعة :

١ - « الأصل » أو « المقدس عليه » (أو « المشبه به ») وهو ماورد
بحكمه نص (فى القرآن أو السنة) (٣) .

(١) « المستصفى فى علم الأصول » للإمام الغزالى ج ٢ ص ١٠١ ، وراجع مؤلف الشيخ
خلاف الاجتهاد والتقليد والتعارض وال ترجيح » (طبعة ١٩٥١) ص ٥ حيث يضيف الى ما تقدم
قوله : « وبذلك يخرج من دائرة الاجتهاد الباحث الذى يتعرف الحكم الشرعى من نص صريح
قطعى للدلالة لأنه لا يبدل فى الوصول الى هذا جهدا ولا « أقصى الجهد » كما ذكرنا فى التعريف ،
فالوصول مثلا الى أن نصيب الاين من الأثر ضعف نصيب البتت نقلا عن قوله تعالى : « يومصيكم
الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » لا يسمى فى اصطلاح الأصوليين « اجتهادا » ، ويضيف
الى ما تقدم بأن قولنا « الأدلة الشرعية » يؤدى الى أن نخرج عن دائرة الاجتهاد بذل الجهد للوصول
الى حكم شرعى من أقوال الأئمة أو عبارات المتون والشروح ، حيث أن الأدلة الشرعية المنطق
عليها لدى الأصوليين هى - كما قدمنا - القرآن والسنة والإجماع والقياس .

(٢) لأن الاجتهاد قد يكون بذل أقصى الجهد فى الوصول الى حكم شرعى من نص ظنى أو بذل
أقصى الجهد للوصول الى حكم شرعى بالاستحسان أو الاستصحاب أو غير ذلك (مما سأتقرب بيانه فيما
بعد) راجع « الاجتهاد والتقليد .. » (المراجع السابق) ص ٧ ، ٨
ويلاحظ أنه يطلق أحيانا على الاجتهاد بالقياس « الاجتهاد بالرأى » . راجع فى ذلك « أصول
الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف (ص ٣٢٤) .

(٣) وقد تقدم القول بأن مسألة صحة القياس على الحكم الشرعى الثابت بالإجماع هى مسألة
تختلف فيها ..

٢ - «الفرع» أو «المقيس» (أو «المشبه») وهو ما لم يرد بحكمه الشرعى نص ، ويراد تسويته بالأصل فى حكمه عن طريق القياس .

٣ - «الحكم الشرعى» المنصوص عليه فى الأصل ويراد أن يكون حكماً شرعياً للفرع عن طريق القياس .

٤ - «العلة» هى الوصف الذى بنى عليه حكم الأصل ، وبناء على وجوده فى الفرع يسوى بالأصل فى حكمه .

فالاسكرار وصف فى الحمر بنى عليه تحريمه ، ويعرف به (أى بالاسكار) وجود التحريم فى كل ما هو مسكر (ولو لم يكن خمرأ) (١) .

المطام الشرعية التى لا يجرى فيها القياس

ليس كل حكم شرعى ثبت فى مسألة من المسائل يصح القياس عليه ، فهناك بعض شروط يجب أن تتوفر فى هذا الحكم الشرعى (أو «حكم الأصل» على حد تعبير الأصوليين وأمائدة الشريعة) ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط فى ذلك الحكم فإنه لا يجوز أن يقاس عليه (أو بعبارة أخرى: لا يجوز «تعديته الى الفرع» على حد تعبيرهم) .

(فأولاً) يجب أن يثبت هذا الحكم الشرعى بنص فى القرآن أو السنة ، أما الحكم الشرعى الذى ثبت بإجماع المجتهدين ، فقد اختلف فى أمر القياس عليه كما قدمنا .

(ثانياً) أن يكون هذا الحكم الشرعى حكماً شرعياً «علياً» ، فالأحكام

(١) «أصول الفقه» (المرجع السابق) ص ٦٧ ، ٦٨

ويفرق الكثير من علماء الشريعة بين «الحكمة» و«العلة» ومن أراد الإلمام بهذه التفرقة فليرجع الى «أصول الفقه» ص ٦٨ - ٧١ ، أو الى كتاب «سلم الوصول لعلم الأصول» ص ٢٨٢ - ٢٨٥ ، وسوف نعرض للكلام عن هذه التفرقة فى مواضع متعددة فيما بعد

الشرعية الاعتقادية (كوجوب الايمان بالله وبرسله وكتبه وباليوم الآخر)
لا يجرى فيها القياس (١) .

(ثالثاً) أحكام العبادات لا يجرى فيها القياس كذلك (٢) — شأنها
في ذلك شأن الأحكام الاعتقادية ، وذلك لأن العبادات كلها (كما يقول
صاحب المنار) « قد تمت وكملت في عهد النبي صلى الله عليه وسلم كالعقائد ،
فليس لأحد أن يزيد في الدين شيئاً يتعلق بالعبادة كما لا يزيد شيئاً بالعقائد ،
لأن الاعتقادات والعبادات هي الدين الذي قال تعالى فيه « اليوم أكملت
لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام ديناً » (٣) .

ثم أن هذه الأحكام التعبدية لا مجال للعقل الى ادراك « علة » تشريعية
لها ، لذلك لا يسوغ اثبات حكم منها في غير موضع النص بواسطة القياس ،
فلا يسوغ مثلاً بالقياس فرض صلاة سادسة أو صوم شهر آخر ، لأن أساس
القياس — كما تبين من تعريفه — اشتراك الأصل والفرع (أى المقيس عليه
والمقيس) في علة الحكم ، فإذا كان الأصل (أو المقيس عليه) لا سبيل
للعقل الى ادراك علته ترتب على ذلك أنه لا يمكن أن يكون ثمة مجال للقياس ،
لذلك كان المبدأ الذي اتفق عليه علماء الشريعة أنه لا قياس في الأحكام
الشرعية التي استأثر الله بعلم عللها . ولذلك تسمى الأحكام التعبدية « بالأحكام
غير المعقولة (٤) » والرأى عندى أنه كان الأوفق بل والأدق تسميتها
« بالأحكام التي لا يدركها العقل » بدلاً من « الأحكام غير المعقولة » لأن هذا

(١) وقد سميت هذه الأحكام « اعتقادية » لأن المقصود منها الاعتقاد دون العمل — ويجب
ألا يفهم من اشتراط أن يكون الحكم الشرعى « علياً » أن جميع الأحكام الشرعية العملية يصح
أن يجرى فيها القياس ، فالواقع غير ذلك كما تبين من الأمثلة والحالات التي سيأتى بيانها فأحكام
العبادات (وغيرها مما سيأتى بيانها) مما لا يصح أن يجرى فيها القياس تمتد من الأحكام الشرعية
« العلية » .

(٢) من أمثلة أحكام العبادات : صوم رمضان وعلى أن يكون الصوم من طلوع الفجر
إلى غروب الشمس ، وأداء خمس صلوات في اليوم ، وعدد الركعات والسجدة في كل صلاة ،
وتحديد نصاب الزكاة ومقدارها .

(٣) راجع مجلة « المنار » للأستاذ السيد محمد رشيد رضا (عدد سنة ١٣١٨ - ١٣١٩ هجرية
١٩٠١ ميلادية ص ١٦٩) .

(٤) فلا سبيل للعقل مثلاً لادراك لماذا كان عدد الصلوات في اليوم خمساً ولم تكن أربعاً =

الاصطلاح الأخير قد يفهم منه أنها « ينبذها العقل » ، و فرق كبير بل خطير بين الاثنين .

(رابعاً) الحدود والكفارات لا يجرى فيها كذلك قياس ، فالحدود هي عقوبات مقررة بالنص لجرائم معينة ، والكفارات عقوبات مقررة بالنص لذنوب معينة أوجب على المذنب تكفيراً لذنبه (١) .

أما الحكمة في أن القياس لا يجرى فيها فترجع الى أمرين : (الأول) هو ذلك المبدأ الذي أشرنا إليه ، فالأحكام الشرعية المتعلقة بمقادير الحدود والكفارات تعد من « الأحكام غير المعقولة المعنى » اذ لا سبيل للعقل لكي يدرك مثلاً علة تقدير الخلدات لجرمة الزنا بمائة جلدة دون التسعين أو مائة وعشر ، وأساس القياس — كما قلنا — هو أدراك علة حكم الأصل .

والسبب (الثاني) أن الحدود تنزل بالشبهات ، فقد قال الرسول : « ادعوا الحدود بالشبهات ما استطعتم » ، والقياس دليل ظني فيه شبهة (٢) .

(خامساً) الحالة التي يكون فيها حكم الأصل (المقيس عليه) مختصاً به سواء لأن علة الحكم لا يمكن تصور وجودها في غير المقيس عليه أو لأن دليلاً (كحديث مثلاً) دل على تخصيص حكم الأصل به . مثال ذلك ما يذكره الأصوليون من أنه لا يصح القياس على قبول شهادة خزيمة بن ثابت وحده (أى دون اشتراط تأييده بشاهد آخر كما تقضي بذلك الآية الكريمة المعروفة) وذلك لأن هذا الحكم الشرعى أو هذا الامتياز قد اختص به خزيمة وحده دون غيره من أفراد المسلمين وكان ذلك بناء على الحديث المعروف : « من شهد له خزيمة فهو حبه » ، فالحديث المذكور قد دل على أن شهادة خزيمة وحده تقوم مقام شهادة رجلين ، وأن هذه خصوصية له (٣) .

== أو سناً - راجع فيما تقدم كتاب الاجتهاد بالرأى : القياس - الاستحسان - الاستصلاح - الاستصحاب - للاستاذ الشيخ خلاف (طبعة ١٩٥٠) ص ٢٩ وكتابه « أصول الفقه » ص ٦٦ ، ٦٧ - وكتاب « سلم الوصول لعلم الأصول » للاستاذ الشيخ عمر ص ٢٨٠ .

(١) من أمثلة الحدود عقاب الزانى بمائة جلدة ، وثمانون جلدة لجرمة قذف المحصنات ، وقطع اليد لجرمة السرقة ، ومن أمثلة الكفارات اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام للذنب الحنفى في اليمين .

(٢) راجع « الاجتهاد بالرأى » (المرجع السابق ذكره) للاستاذ الشيخ خلاف ص ٢٦ - ٢٩ .

(٣) « سلم الوصول لعلم الأصول » للاستاذ الشيخ عمر عبد الله (المرجع السابق) ص ٢٨١ .

(سادساً) الرخص - فالرخصة هي حكم استثنائي شرعه الشارع تخفيفاً على المكلف في حالة خاصة تقتضي هذا التخفيف ، مثل إباحة الفطر في رمضان للمرض أو السفر ، فالاستثناء - كما يقول البعض - لا يجوز القياس عليه (١) .

على أن مسألة عدم جواز القياس على الاستثناء هي من المسائل التي كانت ولا تزال مثار خلاف سواء بين علماء الشريعة أو بين فقهاء القانون الوضعي ، لذلك رأينا أن نجعل لها نبذة خاصة

الاستثناء وهل يجوز القياس عليه

١ - في الشريعة الإسلامية : نجد علماء الشريعة بهذا الصدد قد انقسموا الى رأيين مختلفين :

(الرأي الأول) الرأي الراجح السائد هو أن الاستثناء لا يقاس عليه ، ولقد اشتهر عن الحنفية قولهم : « ما جاء على خلاف القياس لا يقاس عليه » (٢) ولقد جرت مجرى الأمثال بين الأصوليين عبارتهم المشهورة « ما ثبت على خلاف القياس فخره عليه لا يقاس » ، وذلك لأن « ما جاء به معدولاً عن الأصل العام - كما يقولون - هو منحة يقتصر بها على مواضع منحها » (٣) .

(الرأي الثاني) وهناك فريق من علماء الشريعة يرى أنه إذا كان الاستثناء لعله مفهومه واضحة « معقولة المعنى » على حد تعبيرهم (فأنه يجوز القياس

(١) « الاجتهاد بالرأي والتعارض بالترجيح » (طبعة ١٩٥٠) ص ٣٠ للأستاذ الشيخ خلاف .
(٢) « الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح » (المرجع السابق) للأستاذ الشيخ خلاف ص ٣٠ .
(٣) راجع « الاجتهاد بالرأي » (المرجع السابق) للأستاذ الشيخ خلاف ص ٣٠ - وراجع أيضاً « الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية » (البحث السابق ذكره) للأستاذ الشيخ شلبى ص ١١٠ ، ويضيف الى ما تقدم : « ويقول امام الحرمين (في « برهانه » ص ٢٨٧) « أن المستثنى لا يقاس عليه » .

ويقول الأستاذ الشيخ مصطفى خفاجي (رئيس قسم الشريعة ووكيل كلية الحقوق بالإسكندرية سابقاً) في كتابه « صغرة الكلام في أصول الأحكام » الطبعة الثالثة ص ١٦٨ ، ١٦٩ أن المستثنى لا يقاس عليه « لأنه يكون معدولاً به عن طريق القياس المسلوك وقاعدته المبررة » .

عليه في حالة اتحاد العلة بين المقيس والمقيس عليه (وهو المستثنى) . هذا هو الرأي الذى قال به الامام الغزالي : « أن المذار — كما يقول — هو وجود معنى يجمع بين المستثنى وغيره وعدم وجوده ، فان وجد جاء القياس وأن لم يوجد امتنع » (١) .

٢ - لدى رجال الفقه الوضعى — وكذلك نجد بين رجال الفقه الوضعيين رأيين مختلفين :

(الرأى الأول) يرى البعض أن المستثنى لا يجوز القياس عليه لأنه لا يجب التوسع في تفسيره . ومن هذا رأى فريق من رجال الفقه الفرنسى والمصرى (٢) . ويرى البعض أنه « يبدو أن منع القياس على المستثنى استنادا الى أنه لا يجب أن يتوسع في تفسيره انما يقوم على أساس أن القياس من قبيل التفسير » (٣) .

(١) راجع « الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٦٠ ، ١٦١ ويبدو أن الاستاذ الشيخ شلى من هذا رأى ، وكذلك الأستاذ الشيخ خلاف حيث يقول (في كتابه « أصول الفقه » خلاصة تاريخ التشريع الإسلامى » الطبعة الخامسة ١٩٥٢ ص ٦٧) أن « الشرط لصحة تعدية حكم الأصل (المقيس عليه) أن يكون معقول المعنى بلا فرق بين كونه حكما مبتداً ليس استثناء من حكم كلى ، وكونه حكما استثنائياً من حكم كلى » .

ويذكر الاستاذ الشيخ خلاف المثال الذى ضرب به الامام الغزالي لهذه الحالة : وهو أنه يقاس على بيع الربط (أى البليح) (على النخل) بالتمر الحاجة (وهو استثناء من القاعدة التى تقضى بتحريم بيع المجلس بجنسه) ، فنقول أنه يصح أن يقاس على ذلك البيع بيع العنب على الكرم بالزبيب ، للحاجة أيضاً .

(٢) راجع في ذلك الرسالة (these) المتنازعة للدكتور جلال على العلوى المدرس بالكلية وعنوانها « الاجبار القانونى على المعاوضة » التى قدمت في يونيو ١٩٦٠ ، حيث يشير (ص ٢٢٣ من نسخة الرسالة المطبوعة على الآلة الكاتبة) الى الاساتذة بلانيول وريبير وبولانجية من رجال الفقه الفرنسى ، والى الأستاذ الدكتور سليمان مرقص من رجال الفقه المصرى .

(٣) هذا هو ما يراه الدكتور جلال العلوى (في « رسالته » ص ٢٢٣ ، ٢٢٤) ، وهو يضيف الى ما تقدم قوله : « أما وأنا نرى في القياس مصدراً استيعابياً للقانون أو طريقاً من طرق البحث العلمى الحر فان مثل هذا الاستناد لا يبتقى له وجه » .

على أننا نلاحظ أن الدكتور سليمان مرقص ليس من اهلوا رأيهم في صراحة وفي غير تردد بأن القياس وسيلة من وسائل التفسير — راجع في ذلك مؤلفه : المدخل للعلوم القانونية (الطبعة الثانية ١٩٥٢ ص ٢٠٧ ، ٢١٢ ، ٢٦٥ حيث يذكر القياس بين « مصادر القانون » ، ولو أنه — فيما يبدو لنا — قد سبق له أن أبدى بعض التردد بهذا الصدد . وسوف نمود الى الكلام عن ذلك تفصيلاً في « للمبحث الرابع » .

(الرأى الثانى) - ويرى بعض من رجال الفقه الفرنسى أن المستثنى يجوز القياس عليه ، اللهم الا اذا كانت القاعدة (المستثناه) « قاعدة خاصة » بالمعنى الضيق (١).

التفرقة بين القواعد القانونية الاستثنائية ، والقواعد الخاصة (بالمعنى الواسع ، وبالمعنى الضيق) .

لما تقدم يجدر بنا أن نبين متى تكون القاعدة القانونية استثنائية Loi d'exception ومتى تكون « قاعدة خاصة » Loi d'espece ، ثم نبين متى تكون القاعدة الخاصة « قاعدة خاصة بالمعنى الواسع » ومتى تكون « قاعدة خاصة بالمعنى الضيق » ؟ - هنالك آراء متعددة بصدد المعيار الذى يجدر بنا أن نختاره لأجراء هذه التفرقة (٢) . وأفضل الآراء - فيما يبدو لنا - هو ذلك الذى يقول اصحابه :

(١) أن الذى يميز القاعدة الاستثنائية هو أنها تقضى بعكس ما يقرره مبدأ قانونى عام (أى قاعدة عامة تقررت ابتداء) .

(ب) أما القاعدة القانونية الخاصة بالمعنى الواسع فهى تلك التى تأتى بحكم خاص لحالة معينة دون أن يقضى هذا الحكم بعكس ما يقرره مبدأ قانونى عام (أو قاعدة عامة تقررت ابتداء) ، مثال ذلك القواعد الخاصة بإيجار الاراضى الزراعية ، فهذه القواعد جاءت بأحكام خاصة لحالة كانت تنسج لها القواعد العامة فى الإيجار ، وهى وأن كانت قد قضت بغير ما يقضى

(١) هذا هو الرأى الذى قال به الفقيه الفرنسى الكبير جينى Gény فى مؤلفه الشهير : « طريقة التفسير والمصادر فى القانون الخاص الوضعى » Méthode d'interprétation et Sources en droit Privé Positif. (الطبعة الثانية ١٩٣٢) ص ١٢٤ ، ١٢٥ .

(٢) لزيادة التفصيل راجع رسالة الدكتور جلال العلوى ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ حيث نقل عنه - فى إيجاز - تلك التفرقة .

به تلك القواعد العامة ، الا أنها لم تقض بعكس ما قضت
به ، ومن ثم كانت قواعد خاصة ولم تكن قواعد استثنائية .
ففى هذه الحالة يجوز إعمال القياس .

(ج) أما القواعد الخاصة بالمعنى الضيق فهى تلك التى يختص فيها
حكم القاعدة بالحالة التى تعرض لها ، اختصاصاً يحول دون
تعديته بالقياس الى ما عداها (١)

وقد سبق لنا أن أشرنا الى أن الأصوليين من علماء الشريعة يعرفون
هذه الحالة الأخيرة ، وهم يصفونها بأنها هى « الحالة التى يكون فيها حكم
الأصل (المقيس عليه) مختصاً به » ، وهم يرون كذلك أنه لا يصح القياس
بصدده هذه الحالة ، ويضربون لذلك مثلاً : عدم صحة القياس على قبول
شهادة خزيمة بن ثابت وحده (٢) .

أولاً : مبيد القياس

استدلوا على حججته بالقرآن والسنة وأقوال الصحابة وأفعالهم ، وبالدليل
العقلى :

(أولاً) اقراءه : استدلوا بعدة آيات قرآنية تتضمن تشبيه الشيء
بنظيره والتسوية بينهما فى الحكم الشرعى (٣) ، كما استدلوا ببضعة آيات
تدعو الناس الى « الاعتبار » ، كما فى قوله تعالى — بعد أن ذكر قصص

(١) كان ذلك نقلاً عن رسالة الدكتور البدوي ص ٢٢٢ ، ٢٢٣

(٢) راجع نبذة « غاسا » تحت موضوع « الأحكام الشرعية التى لا يجرى فيها القياس »
من بحثنا هذا .

(٣) قال ابن القيم فى كتابه « اعلام الموقعين » « اشتمل القرآن على بضعة وأربعين مثلاً تضمن
تشبيه الشيء بنظيره والتسوية بينهما فى الحكم » ، ومن تلك الآيات قوله تعالى « قل يحيا الذى أنشأنا
أول مرة » جواباً لمن قال من الكفار المنكرين البعث بعد الموت « من يحيى العظام وهى رميم »
ففسر للنشأة الثانية على النشأة الأولى فى الإسكان وجعل الأولى أصلاً والثانية فرعاً . راجع فيما تقدم
« سلم الوصول لعلوم الأصول » ص ٢٩٠ حيث نقلنا ذلك عنه .

بعض الرسل وأحوال من كفروا من السالفين وما أصابهم من جزاء - « فاعتبروا يا أولى الأبصار » ، وقوله تعالى : « لقد كان في قصصهم عبرة » ، ويقولون أن « الاعتبار » هو الاتعاظ بسنة من سنن الله في خلقه وهي أن حكم النظر يطبق على نظيره ، وهذا هو القياس (١) .

(ثانياً) السنة : أن ثمة الكثير من الاحاديث التي تفر الأخذ بالقياس أو التي تبين أن الرسول ذاته أخذ بالقياس في كثير من الأحكام الشرعية التي قررها - وحسبنا هنا أن نذكر لذلك مثالا : هو الحديث الشهير عن معاذ بن جبل وخلاصته أن الرسول حين أراد أن يبعث به قاضيا الى اليمن سأله : كيف تقضى ؟ فأجابه : أقضى بكتاب الله فان لم أجد فبسنة رسوله فان لم أجد أجتهد رأي فأقره الرسول على ذلك . والقياس نوع من الاجتهاد (٢)

(ثالثاً) وكذلك جرى الصمائي - سواء في عهد الرسول أو بعده - على الأخذ بالقياس فيما أجتهدوا فيه من الاحكام الشرعية ، حين لم يجدوا نصاً في الكتاب أو السنة ، من ذلك ما يذكر عن عمر بن الخطاب أنه قال لأبي موسى الأشعري « أعرف الأشباه والأمثال فقص الأمور عند ذلك » (٣)

(رابعاً) الدليل العقلي : يقول علماء الشريعة أن الله أنما شرع الاحكام لمصالح العباد فاذا تساوت مسألة لا نص عليها مع أخرى نص عليها .

(١) « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٥٨ ، ٥٩ - ويضيف الشيخ خلاف الى ما تقدم قوله : « ألا ترى أنه اذا فصل موظف من وظيفته لأنه ارتشى فقال الرئيس لإخوانه الموظفين ان في هذا لبرة لكم ، أو اعتبروا ، فإنه لا يفهم من قوله ألا أنكم حمله ، فان فعلتم فعله هوقتم حقايقه »

(٢) « أصول الفقه » ص ٥٩ وسلم الوصول لعلم الأصول ص ٢٩١

(٣) راجع فيما تقدم « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٢٩٣ ، و « أصول الفقه » ص ٦٢ وراجع كذلك « اعلام الموقعين » لابن القيم . ج ٢ حيث ذكر عدة فتاوى للصحابية أئبنوا فيها بالقياس .

وفي الجزء الأول ص ١٨٢ يقول ابن القيم : « أن الصحابة قسوا الصديق في الخلافة وقالوا رضي رسول الله لدينا أفلا نرضاه لدينا ، قسوا الإمامة الكبرى على أمية الصلاة » .

وذلك في علة الحكم التي هي مظنة المصلحة ، قضت الحكمة والعناية أن يطبق على المسألة الأولى حكم المسألة الأخرى تحقيقاً للمصلحة التي هي غاية الشارع مما قرره من تشريع ، ثم أن النصوص — كما يقولون — محدودة والوقائع والأقضية تتحدد بحكم التطور وتعدد ، ولا يمكن أن تكون النصوص المحدودة — كما يقولون — هي المصدر التشريعي الوحيد للوقائع والأقضية غير المحدودة (١) .

خلاصة ذلك الدليل العقلي أنهم يريدون القول — فيما يبدو لنا — أن الأخذ بالقياس هو مما تقتضي به مبادئ العناية والمساواة والصالح العام ، وذلك كله مما تهدف الأحكام الشرعية الى تحقيقه .

ازدهار القياس بعد الفترحات الموسومة :

ما تجدر هنا الإشارة اليه أن ما حدث بعد وفاة الرسول من اتساع الدولة الاسلامية اتساعا عظيما وسريعا قد أدى بالمسلمين الى أن يواجهوا بهذا الفتح مسائل كثيرة في كل شأن من شئون الحياة ، مما يحتاج الى تشريع لم يكونوا بحاجة اليه وهم في شبه جزيرة العرب ، ولم يدع أحد أن القرآن والسنة الصحيحة قد نصا في المسائل الجزئية على كل ما كان وما هو كائن ، فترتب على ذلك كثرة الالتجاء الى القياس الذي كان يطلق عليه أحيانا « الرأي » (٢) .

(١) أو حل حد تعبير الامام الشيرازي في كتابه « الملل والنحل » « أن النصوص متناهية ، ومالا يتناهي لا يضبطه ما يتناهي » (نقلا من كتاب « سلم الوصول » ص ٢٩٤ ، ٢٩٥) راجع كذلك « أصول الفقه » ص ٦٢

(٢) راجع في ذلك « فبر الاسلام » (الطبعة السابعة ١٩٥٥) ص ٢٣٤ للمرحوم الأستاذ الكبير أحمد أمين حيث يقول ما نصه « توفي رسول الله وأقطع الوصي واتسعت المملكة الاسلامية اتساعا عظيما وسريعا وعجيبا ، ففي السنة الرابعة عشرة من الهجرة فتحت دمشق ، وفي السابعة عشرة تم فتح الشام كله والعراق وفي الحادية والعشرين تم فتح فارس وفي السادسة والخمسين وصل المسلمون الى سمرقند ، وفي الثرب أخذت مصر في سنة عشرين ، ثم امتدت الفتوح الى المغرب ، وأخذت أسبانيا حوالى عام ٩٣ هـ ، ونال المسلمون من الغنى في المال والرفيق وزعرخ الحياة =

وهناك طائفة من الفقهاء عرفت - في تاريخ الفقه الاسلامي - « بأهل الرأي » وكان يقصد هؤلاء أولئك الذين كانت طريقتهم في البحث والاستدلال هي الاقلال قدر المستطاع من الأخذ بالأحاديث والتشدد في شروط قبولها نظراً لشيوع الوضع أو الشك في كثير منها ، وإثثار الأخذ بالقياس ، ونحكي القواعد العامة - وروح التشريع - أما أولئك الفقهاء الذين أثروا الأخذ بالحديث على الأخذ بالقياس ، وأخذوا من الحديث بما لا تأخذ به تلك الطائفة الأولى ، فقد عرفوا « بأهل الحديث » (١) .

أولهم المصنفين التشريعيين المعروفين بالمصريين وبصدر القياس
يمكننا أن نلخص أهم أوجه الاختلاف هذه فيما يلي :

(أولاً) - أن علماء الشريعة يفرقون بين « العلة » و « الحكمة » ، كما يفرقون بين القياس « الجلي » والقياس « الخفي » - وهذه من وجوه التفرقة التي لا يعرفها التشريع المصري ولا التشريع أو الفقه الوضعي بوجه عام .

==مالا عهد لهم به من قبل، وكانت هذه الممالك المفتوحة غنية وكانت عددة كآرق ما وصلت اليه المدنية في ذلك العصر ، تمثلت الحضارة الفارسية في فارس والعراق ، والحضارة الرومانية في مصر والشام . ولم يكن الفتح الاسلامي سلباً ونهباً وتدميراً ، انما كان فتحاً منظماً يسير فيه القراء والمعلمون والقانونيون مع الجند الفاتحين ويحلون حيث حل الجند ، فواجه المسلمون هذا الفتح مسائل كثيرة - في كل شأن من شؤون الحياة - تحتاج الى تشريع لم يكونوا يحتاجون اليه وهم في جزيرة العرب .. فواجه المشرعون الأولون أمراً عظيماً ، ولم يدع أحد أن القرآن والسنة الصحيحة نصاً في المسائل الجزئية حل كل ما كان وما هو كائن ، فخرج عن هذا أن كان أصل آخر من أصول التشريع ، وهو الرأي الذي نظم به وصي القياس « - ثم يضيف الى ما تقدم (بصفحة ٢٣٦ ، ٢٣٧) أن الصحابة « كانوا يستملون هذه الكلمة (« الرأي ») بالمعنى الذي تفهمه الآن من كلمة « العدالة » وبعبارة أخرى ما يرشد اليه الفوق السليم بما في الأمر من عدل أو ظلم ، وفسره ابن القيم « بأنه ما يراه القلب بعد فكر وتأمل ، وطلب لمعرفة وجه الصواب » ، ثم يقول المؤلف ولعل عمر بن الخطاب كان أظهر الصحابة في هذا الباب ، وهو استمال الرأي ، فقد روى عنه الشيء الكثير وكان هذا من توفيق الله للمسلمين فإن عمر قد واجه من الأمور المحتاجة الى التشريع ما لم يواجهه خليفة قبله ولا بعده ، فهو الذي فتحت على يده الفتوح ومصرت الأمصار ، ونضجت الأمم المتعددة من فارس والروم لحكم الاسلام ، وهي حالة لم يحدث بعد نظيرها ... » .

(١) راجع « الاسلام عقيدة وشريعة » ج١ ص ٧٨ : للأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت .

(ثانياً) يأخذ علماء الشريعة بالقياس في ميدان القانوني الجنائي ، فيعدون فعلاً من الأفعال جرماً (يعاقب عليه ، في الدنيا والآخرة) أو على حد تعبيرهم « محرماً » لا لأنه نص على تجريمه أو تحريمه ، وإنما قياساً على فعل آخر نص عليه ، كما أنهم يقررون أحياناً عن طريق القياس عقوبة على جرم لم تبين عقوبته بنص من النصوص .

أمثلة - ١ - فثلاً يرى علماء الشريعة تحريم النبيذ قياساً على الخمر الذي ورد نص في القرآن بتحريمه (١)

٢ - وكذلك يرى علماء الشريعة تحريم « اجراق مال اليتيم » قياساً على « أكل مال اليتيم » الذي نص عليه في الآية الكريمة : « أن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيراً » ، وذلك - كما يقولون - لاشتراك هذين الفعلين في « العلة » وهي « الاعتداء على مال الغير العاجز عن دفع العدوان » (٢)

٣ - ويذكر عن الامام علي ابن أبي طالب أنه رأى أن تكون العقوبة التي تنزل على شارب الخمر ثمانين جلدة قياساً على العقوبة (التي تعد « حداً » من الحدود) التي نص القرآن عليها بصدد القاذف (٣)

فقد قال الامام علي عن شارب الخمر أنه « اذا شرب سكر ، واذا سكر هذى ، واذا هذى افترى فعليه حد المفترى » (٤) (أي القاذف) .

(١) راجع « سلم الوصول لعلم الأصول » (المراجع السابق ذكره) ص ٢٨٠ - نلاحظ هنا أنه لو أن علماء الشريعة ذكروا أن النبيذ يعد محرماً لأنه يعد نوعاً من أنواع الخمر الذي نص على تجريمه لما كان لنا أن نذكر هنا هذا المثال ، ولكنهم يقولون أن النبيذ يعد محرماً قياساً على الخمر « لاشتراكهما في العلة التي هي الاسكار »

(٢) سلم الوصول لعلم الأصول (المراجع السابق) ص ٢٨٠

(٣) يلاحظ أن القرآن نص على تحريم الخمر دون أن ينص على بيان العقوبة (أو الحد) لذلك الجرم .

(٤) سلم الوصول لعلم الأصول (المراجع السابق) ص ٢٩٣

مُعرف حول القياس بصدد الحدود - على أننا نجد علماء الشريعة قد اختلفوا في بعض الحالات لاسيما فيما يتعلق بالحدود ، فذهب الخنفية لا يرى الأخذ بالقياس في توقيع عقوبات الحدود (١) .

على أن علماء الشريعة - فيما يبدو - متفقون على عدم توقيع الحد بقطع يد الغاصب قياساً على حد قطع يد السارق (٢)

٢ - المعروف حول القياس وانتقادات المرحمة اليه

تمهيد - ثار بعض من الخلاف بين بعض من علماء الشريعة بصدد حجية القياس أى بصدد الأخذ به واعتباره مصدراً من مصادر الشريعة ، فأصحاب المذهب الظاهري (ومن أقطابه الامام بن حزم وداود الظاهري) كانوا يرفضون اعتبار القياس دليلاً من أدلة الأحكام الشرعية (أى من مصادرهما) وقد وافقهم علماء الشيعة الامامية وفريق من المعتزلة (وعلى رأسهم النظام) وكان يطلق عليهم «نفاة القياس» (٣)

(١) راجع كتاب «نبراس العقول» ص ١٢٣ وقد أشار اليه الأستاذ الشيخ عمر في كتابه «سلم الوصول» (المرجع السابق) ص ٢٩٣ بالهامش رقم ١

(٢) راجع «صفوة الكلام في أصول الأحكام» (طبعة ١٩٤٧) ص ١٦٦ للأستاذ الشيخ مصطفى خفاجي ، والممدخل لدراسة الفقه الاسلامي للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى (طبعة ١٩٦١) ص ١٩٥ هامش رقم ١

(٣) راجع «علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامي» (طبعة ١٩٥٢) ص ٣٢٤ للأستاذ الشيخ خلاف ، و«الممدخل لدراسة الفقه الاسلامي» للمرجع السابق ص ١٩٤ ١٩٥

ويذكر عن الامام ابن حنبل أنه لم يكن يأخذ بالقياس الا لى الضرورة القصوى ، وأنه كان يفضل عليه الحديث الضعيف - راجع في ذلك «فنى الاسلام» طبعة ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ ميلادية ص ٢٤٠

وما يذكر عن الامام أبي حنيفة أنه قال أن عمر بن الخطاب نهى عن المكايلة أى المقايضة (أو القياس) - راجع في ذلك «أعلام الموقعين» للامام ابن القيم الجزء الأول ص ٢٢٠ ، وراجع مكمس هذا الرأي «الممدخل لدراسة الفقه الاسلامي» (المرجع السابق) ص ١٩٥ حيث يرى المؤلف =

ولذلك وجدنا أجد أساتذة الشريعة الحاليين لدينا بمصر لا يضع القياس بين مصادر الشريعة المتفق عليها ، وإنما يضعه بين المصادر المختلف عليها (١) .

أما أسباب ذلك الخلاف فترجع الى ما يوجهه « نفاة القياس » من انتقادات الى القياس ، وما يدونه من أسباب تؤيد وجهة نظرهم في عدم الأخذ بالقياس .

أما تلك الانتقادات (والأسباب) فتتلخص فيما يلي :

١ - لأن الأخذ بالقياس يؤدي أحيانا الى الحرج وتنتفي معه المصلحة ، ولذلك نجد علماء الحنفية يتركون أحيانا القياس للأخذ بالاستحسان (كما قدمنا) (٢) .

٢ - يقولون أنه لو كان القياس حجة لما تعارضت الأقيسة وناقض بعضها بعضا ، بعبارة أخرى أن القول بجواز الأخذ بالقياس هو مما يؤدي الى حدوث الاختلاف ، والاختلاف هو مما حذر منه في كتاب الله الكريم في كثير من آياته منها قوله تعالى « ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءهم البينات » (٣) .

«أن كتاب عمر الى أبي موسى الأشعري حين بعثه قاضياً باليمن هو مما يفيد الأخذ بالقياس» ويذكر عن أبي عبد الله الخوارزمي (المتوفى عام ٣٨٧ هـ) وهو من كتبو في مبادئ العلوم وكتلياتها أنه قال بأن أصول الفقه المتفق عليها ثلاثة : الكتاب والسنة والاجماع ، والمختلف فيها ثلاثة : القياس والخبر « المدخل لدراسة الفقه الاسلامي » (المرجع السابق) ص ١٨٣

(١) راجع « التشريع الاسلامي وأثره في الفقه العربي » (طبعة ١٩٦٠) ص ٢٦ للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ، وراجع كتابه « المدخل » (طبعة ١٩٦١) ص ١٩٤ ، ١٩٥

(٢) راجع « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » للاستاذ الشيخ محمد مصطفى شبلي (بحث منشور بمجلة الحقوق بالعدد بين الأول والثاني من السنة التاسعة ١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ١٦٦

(٣) « أعلام الموقعين » لابن القيم ج ١ ص ٢٢٤
ويجب ألا ننسى أن القياس إنما يجري لاتحاد « العلة » بين المقيس والمقيس عليه لا لاتحاد الحكمة ، وفي ذلك يقول الأستاذ الشيخ علي الخفيف (في كتابه السابق ذكره « أسباب اختلاف الفقهاء » ص ٢٢١) : « وقد لا ينص على علة الحكم وعندئذ يسلك الفقهاء في بيانها وتعريفها من الطرق ما يتوصلون به الى تعيينها ، وهي طرق ظنية تقوم على البحث والنظر والوزن وهم في ذلك كما تعلم مختلفون » .

٣ - ويقولون أنه لو كان القياس حجة لكان كذلك في زمن الرسول ،
فإدام أنه لم يكن حجة في زمنه لم يكن حجة بعده (١) .

٤ - وأخيراً نضيف الى ما تقدم أن القياس في الشريعة الاسلامية
- كما هو معلوم - هو قياس على « العلة » لا على « الحكمة » التي هي الباعث
على التشريع والمصلحة التي يهدف اليها الشارع - و« العلة » كما عرفها علماء
الشريعة هي « الأمر الظاهر المنضبط الذي بنى عليه الحكم الشرعي لأنه
مظنة لحكمته » - ومن ذلك يتبين أن القياس يحقق المصلحة بصورة ظنية
لا بصورة يقينية

الفرع الثاني

المصادر المختلف عليها

أما وقد انتهينا من بيان المصادر (أو « أدلة الأحكام ») المتفق عليها
بين جمهور علماء الشريعة ، فاننا ننتقل الى بيان المصادر (أو الأدلة) المختلف
فيها ، وأهمها ستة وهي :

(١) الاستحسان (٢) المصالح المرسلة (٣) العرف (٤) الاستصحاب
(٥) شرع من قبلنا (٦) مذهب الصحابي - واليكم كلمة عامة عن كل منها .

(١) أعلام الموقعين (المرجع السابق) ص ٢٢٨

على أن البعض يرد على ذلك القول بأن الحديث المعروف عن رسول الله حين بعث معاذ بن جبل
قائدا الى اليمن وقال له كيف تقضي اذا عرض لك قضاء فكان جواب معاذ بأنه اذا لم يجد نصاً
في الكتاب أو السنة فإنه يجتهد رايه وقد أقره الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك ، فنقول أن هذا الحديث يمد - كما
يقولون - بمشابة موافقة من الرسول صلى الله عليه وسلم على الأخذ بالقياس لأن الاجتهاد يشمل القياس . وذلك فضلا
عن أن الثابت في صحاح السنة أن الرسول كان في كثير مما عرض عليه من الوقائع يأخذ بالقياس
راجع في ذلك « أسول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الاسلامي » (المرجع السابق ذكره) ص ٩٠
وراجع « صفوة الكلام » للاستاذ الشيخ خفاجي ص ١٦٧ ، ١٦٨ حيث ذكر عدة أمثلة لحالات
أخذ فيها الرسول بالقياس .

١ - الاستحسان

تمهيد - اشتهر علماء الحنفية بالأخذ بالاستحسان - ولقد تعددت التعاريف للاستحسان، وخير التعاريف - فيما نعتقد - أقصرها ، وذلك إذا دل ميناه على معناه ، وخير تعريف للاستحسان - فيما رأينا - هو ذلك الذي ذكره أجد علماء الحنفية (أبو الحسن الكرخي) ، ونحن نثبت هنا فيما يلي :

تعريف - الاستحسان هو « العدول بالمسألة عن حكم نفاثرها الى حكم آخر لوجه أقوى يقتضى هذا العدول - ويدفع أصحاب الاستحسان الى هذا العدول الرغبة في تقرير استثناء لاحدى الجزئيات من احدى القواعد الكلية أو من الأقيسة الفقهية ، وذلك لأن العدالة أو المصلحة تتطلب تقرير هذا الاستثناء ، أى لأن في تقريره دفعا لمشقة أو رفعا لخرج وجلبا لمصلحة (١)

التفريق بين القياس والاستحسان - اذا رجعنا الى تعريف كل من القياس والاستحسان فإنه يتبين لنا أن أهم ما يفرق بينهما يتلخص في أننا في حالة القياس نجدنا حيال مسألة لا نص ولا إجماع على الحكم الشرعى بصدها ، ثم يراد أن يطبق عليها الحكم الشرعى المنصوص عليه بصدد مسألة أخرى تشترك مع تلك المسألة الأولى في علة الحكم .

أما في حالة الاستحسان فأبنا نجدنا ازاء مسألة عرف حكمها الشرعى بناء على نص أو قياس ، ولكن من شأن تطبيق النص أو القياس عليها أن يؤدي

(١) راجع فيما تقدم « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » للاستاذ الشيخ شلبى ص ١٥٦ ، و كتابه « الممثل » (الرجع السابق ذكره) ص ١٧٦

ويعرف البعض الاستحسان بأنه « عدول المجتهد عما يقضى به قياس جلى للأخذ بما يقضى به قياس خفى ، أو عدوله عن حكم كل للأخذ بحكم استثنائى ، وكان هذا العدول مستندا الى دليل تبيته المجتهد فحمله على العدول عما عدل عنه ، وعلى الأخذ بما أخذ به » - هذا التعريف استخلصناه واقتبسناه من التتريف الذى أورده الاستاذ الشيخ خلاف (فى كتابه « أصول الفقه » ص ٨٧) ، وكذلك من التعريف الذى ذكره الاستاذ الشيخ عمر (فى كتابه « سلم الوصول » ص ٢٩٧) فقلا من أحد علماء الحنفية .

الى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة ، نظراً لبعض ملاسبات وظروف خاصة بهذه المسألة ، لذلك لزم العدول عن تطبيق عموم النص ، أو عن تطبيق القياس (١)

العمل بالاستحسان - إن الاستحسان - بمفهومه الذى يتبين من تعريفه السابق - قد عمل به الصحابة فى وقائع عديدة ، من ذلك مثلاً أنهم حكموا بأرث المرأة التى طلقها زوجها فى مرض موته مع أن الأصل (أى القاعدة الكلية) انتهاء الأرث بانتهاء العلاقة الزوجية (الطلاق) لزوال الموجب للبراث وهو الزوجية (٢) - ويلاحظ أن الصحابة عملوا بالاستحسان قبل أن تعرف تسميته هذه ، فهو لم يعرف بهذا الاسم ولم يتبين أحكامه وصفاته الا فيما بعد ، فى عصر الأئمة أى منذ القرن الثانى للهجرة .

وكذلك عمل الأئمة الأربعة بالاستحسان ، على أن الأمر فيما يتعلق بالامام الشافعى يتطلب شيئاً من الايضاح والتفصيل ستعرض لبيانه فيما بعد

انواع استحسانه - يبين مما تقدم أن الاستحسان نوعان :

(النوع الأول) الميل عن قياس جلى الى قياس خفى . ويعبر الأصوليون بذلك عن تلك الحالة التى يترك فيها القياس الذى يؤدى الى تفويت مصلحة ليؤخذ بما يؤدى الى تحقيق تلك المصلحة (٣)

وأهم مثالين من الأمثلة التى يذكرها علماء الحنفية لهذا النوع ، نذكرهما فيما يلى :

(المثال الأول) : اذا وقف الواقف أرضاً زراعية يدخل حق المسيل وحق الشرب وحق المرور فى الموقف تبعاً دون ذكرها ، وذلك

(١) راجع « الاجتهاد بالرأى » للاستاذ الشيخ خلاف طبعه ١٩٥٠ ص ٧٧

(٢) « الفقه الاسلامى بين الثابته والواقعية » للاستاذ الشيخ شامى ص ١٥٣

(٣) راجع الماشر رقم ١ ص ٩٠ وسوف نعود الى الكلام عن « القياس الجلى » والقياس الخفى » بتفسير وتفصيل أدنى ، وذلك بصدد كلامنا عن مكان القياس من مصادر الاسكام الدستورية فى الشريعة الاسلامية (المبحث الرابع)

بالاستحسان ، لأن الهدف من الوقف انتفاع الموقوف عليهم ، ولا يكون الانتفاع بالأرض الزراعية إلا بالشرب والمسيل والطريق ، فتدخل في الوقف دون ذكرها ، لأن هدف الوقف لا يتحقق إلا به ، فهنا نجد أننا قد عدلنا عن قياس الوقف بالبيع ، وهو القياس الطبيعي (وهو الذى يطلق عليه : القياس الحلى) ، وقسناه بالاجارة وذلك حتى تتحقق المصلحة ، أى ذلك الهدف (وهذا هو القياس الحفى) .

(المثال الثانى) : هو قياس سؤر سباع الطير على سؤر الانسان، ويترتب على هذا القياس طهارة سؤر سباع الطير أسوة بسؤر الانسان .

أما القياس الحلى فقد كان يقتضى قياس سؤر سباع الطير (كالصقر والنسر) على سؤر سباع البهائم (كالأسد والتمر) ، وهذا القياس كان يترتب عليه نجاسة سؤر سباع الطير (والسؤر هو بقية الماء التى ييقها الشارب فى الاناء أو فى الحوض بعد شربه منه) .

أما أن قياس سباع الطير بسباع البهائم يقتضى نجاسة سؤرها فذلك لأن كلا من هذين النوعين من السباع غير مأكول اللحم لنجاسته ، وسباع البهائم حين تشرب الماء فأنها تلتقه بلسانها ، وبذلك يصبح الماء نجسا لأنه يختلط باللعاب أو اللسان النجس لتلك السباع . ولكن سباع الطير لا تلتق الماء بلسانها عند شربه ولا يختلط لعابها أو لسانها بالماء -- شأنها فى ذلك شأن الانسان ، لأن الطير يتناول الماء بمنقاره وهو عظم طاهر (١).

(النوع الثانى) من أنواع الاستحسان : وهو استثناء احدى الجزئيات من حكم كلى .

(١) راجع « أصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامى » ص ٨٧ ، و« سلم الوصول لعلم الأصول » ٣٠٠ ، ٣٠١

وخبر مثال يقدم لهذا النوع هو ما سبقت لنا الإشارة اليه : وهو الحكم بأرث المرأة التي طلقها زوجها في مرض موته ، فإن ذلك استثناء من ذلك المبدأ العام (أى الحكم الكلى) وهو مبدأ انتهاء الأثر بانتهاء العلاقة الزوجية (١).

أورد مبيحة الاستحسان :

يستندون — في تبرير مشروعية الاستحسان — الى ما ورد في القرآن الكريم من قوله تعالى : « اتبعوا أحسن ما أنزل اليكم » ، وما روى عن الرسول من أنه قال : « مارأه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » (٢).

نقد الاستحسان :

انتقد بعض الفقهاء الاستحسان ، وكان في مقدمة الناقدين الامام الشافعي ، فن المأثور عنه أنه قال : « من استحسَن فقد شرع » فقد كان يرى أن الاستحسان إنما هو استنباط للاحكام الشرعية عن طريق الهوى (٣) .

(١) ويمكننا أن نضيف مثالا آخر لهذا النوع الثاني : وهو الحكم بتضمين الصناعات مع أنهم مؤتمنون ، فهذا استثناء من ذلك الحكم الكلى الذى يقضى بأن المؤتمن غير ضامن — راجع في ذلك : « الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٥٣

ونحن لاستطيع قبول ذلك المثال الذى ذكره لهذا النوع الثانى الأستاذ الشيخ خلاف في كتابه « أصول الفقه » ص ٩٠ من أن المحجور عليه لصفه لا تصح تبرعاته ، ولكن الفقهاء استثنوا من هذا الحكم الكلى الوقت الذى يوقفه على نفسه مدى حياته ، فهذا الاستثناء (كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف) إنما كان « استحسانا » وذلك لأن وقفه على نفسه يؤدى الى صيانة أملاكه من الضياع ، وهذا ما يتفق مع الغرض من الحجر عليه .

أما أننا لا نوافق على هذا المثال فذلك لأن الوقت في هذه الحالة لا يعد استثناء لأن الحكم الكلى إنما يضى التبرعات للغير .

(٢) راجع « المستصفى من علم الأصول » للامام الفزائى ج ١ ص ١٣٨ — على أنه لا يفوتنا هنا أن نذكر أن الامام الفزائى لا يأخذ بهذا المصدر (أو « الدليل » على حد تعبيره) وهو الاستحسان ، إذ يجده يقول في الرد على أولئك الذين يستندون الى تلك الآية الكريمة : « اتباع أحسن ما أنزل إلينا هو اتباع الأدلة فينبوا لنا أن ما أنزل إلينا ، فضلا من أن يكون من أحسنه » ، ثم يقول : « ونحن نستحسن إبطال الاستحسان » .

(٣) ومن أقوال الامام الشافعى أن « مثل من استحسَن حكما مثل من اتجه في الصلاة الى جهة استحسَن أنها الكعبة من غير أن يقوم له دليل من الأدلة التى أقامها الشارع لتعين الاتجاه الى الكعبة » راجع في ذلك أصول الفقه « للأستاذ الشيخ خلاف ص ٩٠

روى الترمذى : ويبدو - كما يرى بعض أساتذة الشريعة - أن نقد الناقدين واختلافهم مع المؤيدين (للاستحسان) ، إنما يرجع الى أن الفريقين لم يتفقا على تحديد معناه ، فالاستحسان - كما قدمنا - لا يكون الا لموسوغ أو سبب شرعى (أو « دليل » على حد تعبير الفقهاء) اقتضاه ، فهو ليس مجرد تشريع بالهوى كما يقول الامام الشافعى أو غيره من الناقدين (١)

والواقع أن الاستحسان لم يكن الا بقية من روح الاجتهاد الفطرى الذى كان سبيل السلف الأول (فى الاسلام) ، فهو لم يكن سوى سبيلا من السبل التى استنبطها المجتهدون للخروج من ريقة أو ضيق بعض ما وضعوا من قواعد وقواعد حين يجدون أنها لا تتسع لتحقيق مصالح العباد (٢) ، أو بعبارة أخرى وعلى حد تعبير صاحب المنار « أن ما نفهمه من الاستحسان هو أنه ما يوافق المصلحة العامة من الأحكام » (٣)

(١) « أصول الفقه » ص ٩١ - ويرى الأستاذ الكبير أحمد أمين أنه ينبو من أقوال الشافعى « أنه يعنى بالاستحسان مجرد الرأى من غير أن يكون مستندا الى أصل شرعى ، وشبه المستحسن فى أثناء كلامه بالتاجر يقدر الشيء ثمنا من غير أن يسلخ السوق ويعرف أسعار اليوم ، فتقديره لا يبنى على أساس ، وكذلك الفقيه يستحسن من غير أن يرجع فى استحسانه الى أصول الشريعة ولذلك هاجم مالكا فى قوله بالمصالح المرسله ، وهاجم الحنفية فى قولهم بالاستحسان » .

راجع فيما تقدم كتاب « ضحى الاسلام » ج ٢ (طبعة ١٩٥٦) ص ٢٢٥ للاستاذ أحمد أمين . ويلاحظ الأستاذ الشيخ شلبى بحث فى كتابه « تحليل الأحكام » ص ٣٧٣ « أن الاستحسان إنما هو فى الواقع الاستثناء من العموم بالنص أو الإجماع أو العرف أو المصلحة ، وأن انكار الشافعى لا يمكن تسليطه على جميع أنواع الاستحسان عند القائلين به ، فإنه رضى الله عنه معترف بالمستثنى بالنص أو بالإجماع متى تحقق عنده الإجماع ، وخلافه فى الاسم فقط ، وتبقى مخالفته فى الاستثناء بالمصلحة والعرف ، لكن بعض فروع المذهب تشبه باعتبار الشافعية للاستثناء بالمصلحة - ويقول فى بحثه « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٥٩ « أن انكار الامام الشافعى للاستحسان إنما يمتدحه الى استحسان نابع من الهوى كما يبدو من كلمة الاستحسان أو الأمر » .

(٢) « السياسة الشرعية أو نظام الدولة الاسلامية » (طبعة ١٣٥٠ هجرية ص ١٢) للاستاذ للشيخ عبد الوهاب خلاف .

(٣) « المنار » (عدد ١٩٠١ م ، ١٣١٨ - ١٣١٩ هـ) ص ٨٦٠ للاستاذ الخليل السيد محمد رشيد رضا - ونضيف أن غيراً الى ما تقدم أن الامام الغزالى (فى كتابه « المستصفى » ج ١ ص ١٣٧ ، ١٣٨ لا يرى الأخذ بالاستحسان لأن « العالم ليس له أن يحكم بهواه وشهوته من غير نظر فى دلالة الأدلة ، والاستحسان من غير نظر فى الأدلة حكم بالهوى المجرد » ثم يضيف الى ما تقدم أن القائلين بالاستحسان يستنون الى ما يروى عن الرسول أنه قال « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ثم يقول أن هذا الحديث « لا حجة فيه لأنه خبر واحد لا تثبت به الأصول » الخ

٢ - المصالح المرسل

كما اشتهرت الحنفية بالأخذ « بالاستحسان » فقد اشتهر الامام مالك بالأخذ « بالمصالح المرسل » أو « الاستصلاح » على حد تعبير بعض الأصوليين (١)

تعريف : يقصد « بالمصالح المرسل » أن يطبق على مسألة من المسائل الحكم الذي تقضى به « المصلحة » ، وذلك حين لا نجد عن هذه المسألة حكماً شرعياً يستنبط من أحد المصادر الأربعة المتفق عليها (القرآن ، السنة ، الاجماع ، القياس) ، وقد سميت المصلحة « بالمرسل » أى تلك التي لم يشرع الشارع حكماً شرعياً بصدها أى لتحقيقها (أو تلك التي « لا يعلم من الشارع اعتبارها ولا النأوها » على حد تعبير أساتذة الشريعة) (٢)

أما ما يقصد « بالمصلح » لدى علماء الشريعة فقد اختلفوا في تعريفها . وقد عرفها الامام النزالي بأنها « المحافظة على مقصود الشرع » ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم (٣) . وهو يذكر لها مثلاً شيراً لدى علماء الشريعة : مثل الكفار

(١) « المستصفى » للامام النزالي ج ١ ص ١٣٩ - وراجع « أصول الفقه » للاستاذ الشيخ خلاف حيث يقول (ص ٣٣٣ ، ٣٣٤) عن الامام مالك « أن كثيراً من مسائل مذهبه في المصالح المرسل حتى أنك لتجد بعض أحكام المسائل فيه تخصيص لمصوم الكتاب بالمصلحة » .

(٢) يعرف أساتذة الشريعة « المصالح المرسل » بأنها « المصلحة التي لم يشرع الشارع حكماً لتحقيقها ولم يدل دليل شرعي على اعتبارها أو النأها » (« أصول الفقه » للاستاذ الشيخ خلاف ص ٩٢) ، ويعرفها الاستاذ الشيخ عمر (ص ٣٠٩ من كتابه ، نقلاً عن كتاب « ارشاد الفحول » للشوكاني ص ١٩٠ وما بعدها) بأنها « الوصف المناسب للملأ لتتبرع الحكم الذي يترتب على ربط الحكم به جلب نفع أو دفع ضرر ، ولم يدل شاهد من الشارع على اعتباره أو النأه »

(٣) « المستصفى » للنزالي ج ١ ص ١٤٠ - ثم يضيف الى ما تقدم قوله : « فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول ، فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة » . ولقد كان الأوفق والأدق - فيما نرى - أن يعرف مقصود الشرع من الخلق بأنها « يحفظ عليهم دينهم أو عقلمهم .. الخ » لا « دينهم ونفسهم وعقلهم .. الخ » ، وكذلك كان الأوفق والأدق أن يقول : أن « كل ما يتضمن حفظ أحد هذه الأصول فهو مصلحة ، وكل ما يفوت أحد هذه الأصول فهو مفسدة »

ونلاحظ (ثانياً) على هذا التعريف أن الامام النزالي يمد أن أورده أردفه بقوله : « أن هذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات فهي أقوى المراتب في المصالح » وقد كان النزالي

إذا « ترسوا » جماعة من أسرى المسلمين (أى تسروا بهم واحتموا وراءهم) في حالة الحرب ، فلو كففنا عن الكفار للمحافظة على حياة الترس (أى حياة المسلمين الأسرى الذين احتسب بهم الكفار) لادى ذلك الى مقاتلة الكفار للمسلمين ولغلبوا المسلمين وقتلهم ثم قتلوا الترس ، ولو رمينا الترس لقتلنا مسلمين أسرى أبرياء ولكننا بذلك نهىء الفرصة للمسلمين للتغلب على الكفار ، ولذلك فإن المصلحة تقتضى القتال ولو قتل الترس ، لأن مقصود الشارع انقاص عدد القتلى بقدر المستطاع أو الحيلولة دون القتل إذا كان ذلك مستطاعا وفي مقاتلة الكفار تحقيق لهذا الهدف (١) — ومن البين أن هذا المثال هو فى الواقع مثال لحالة ضرورة لا مجرد مصلحة (أو على حد تعبير الغزالي : « مصلحة ارتفعت الى مرتبة الضرورة ») .

الشروط الواجب توافرها فى المصالح المرسله :

أن علماء الشريعة الذين يأخذون بالمصالح المرسله يشترطون فيها بعضا من الشروط ، وذلك حتى يصح أن تعد المصلحة « مصدرا من مصادر التشريع » وبمكنتنا أن نلخص هذه الشروط فيما يلى :

١ — أن تكون المصلحة حقيقية (أو « قطعية » على حد تعبير الغزالي) لا وهمية أو ظنية ، أى أن يكون من الأمور اليقينية أن التشريع فى المسألة التى نحن بصدددها يجلب نفعا أو يجنب ضرا (١) أو يدفع حربا .

(ص ١٣٩) قد قسم المصلحة من حيث قوتها أو مرتبتها الى ثلاث مراتب : مصلحة فى مرتبة « الضرورات » ، وثانية فى مرتبة « الحاجات » ، وثالثة لا ترجع الى ضرورة ولا الى حاجة وإنما تهدف « لتحسين والتزيين والتيسير » — وما تقدم يتبين لنا أن ذلك التعريف السابق إنما هو فى الواقع تعريف « للضرورة » فى نظر الغزالي لا تعريف « للمصلحة » — ويلاحظ أن الغزالي يرى أن المصلحة لا يصح أن تكون مصدرا للاحكام الشرعية إلا إذا ارتفعت هذه المصلحة الى مرتبة « الضرورة » — ويلاحظ أن الغزالي لم يكن فى بادئ الأمر يشترط فى المصلحة أن تكون فى مرتبة الضرورة ، فقد كان يكتفى أن تكون فى مرتبة « الحاجات » ولكنه عدل من موقف الاعتدال واتخذ فيها بعد موقف التطرف والتشدد حيث تطلب فى المصلحة أن تكون مرتبة الضرورة — وسنعود الى الكلام من ذلك فيما بعد بقدر قليل من التفصيل .

(١) ويذكرون مثلا لذلك : إذا ترس الكفار فى قلعة يمسلم يرى من الأسرى ، فالمصلحة هنا ظنية لأنه ليس من الضرورى — كما يقولون — فتح القلعة .. (راجع فى ذلك « المستصفى » للغزالي ج ١ ص ١٤١) .

٢ - أن تكون مصلحة «عامة» (أو «كلية» على حد تعبير الغزالي)، أي ألا تكون مصلحة فرد أو مصلحة أقلية ، ويذكرون لذلك مثلاً : جماعة في سفينة لو طرحوا واحدا منهم لنجوا والاغرقوا جميعا ، فهذه لاتعد مصلحة مرسله لأنها مصلحة عدد قليل ، وليست مصلحة عامة (١).

٣ - ألا يتعارض التشريع لهذه المصلحة مع حكم شرعى ثبت بالنص أو الإجماع أو القياس (٢).

٤ - مجال أو ميدان « المصالح المرسله » إنما هو الأحكام المتعلقة بالمعاملات ، لأن الأصل في هذه الأحكام مراعاة المنافع وملافاة المقاسد - أما العبادات فإنه لا عمل « للمصالح المرسله » في ميدانها لأن العبادات لا مجال للعقل والرأى في تقديرها - كما قلنا - ، وكذلك شأن المقدرات شرعاً (كالحدود والكفارات وأنصبه الورثة) (٣) - مما تقدم يتبين أن المصالح المرسله أعم وأوسع ميدانا من ميدان الاستحسان .

أولـة أهمية المصالح المرسله

تتلخص أهم هذه الأدلة التي يستند اليها القائلون بالمصالح المرسله في أمرين :

الأول - أن مصالح الناس - فيما يقولون - تتجدد وتتطور ، فاذا لم يتجدد التشريع ولم يتطور تبعاً لها للملائمة فيما بينه وبينها ، أصيبت الشريعة بالجمود وأصيبت تلك المصالح بالتعطيل والركود ، وذلك مما يتعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية في ميدان المعاملات .

(١) راجع فيما تقدم « المستصفى » للغزالي ج ١ ص ١٤١ و « أصول الفقه » ص ٩٤ ، ٩٥
(٢) « أصول الفقه » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٩٥ ، ومؤلف الأستاذ الشيخ عمر (المرجع السابق) ص ٣١١ - ونلاحظ أن الأستاذ الشيخ خلاف لم يذكر القياس ولم له فيما نعتقد - يرى أنه مفهوم فمما ذكره .

(٣) « سلم الوصول لعم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر ص ٣١١ ، ٣١٢

الثاني - جرى الصحابة والتابعون والأئمة المجتهدون - في كثير مما شرعوا من أحكام - على مراعاة المصلحة حيث لا يكون هناك نص أو إجماع أو قياس ، فيذكر عن عمر مثلاً أنه اعتبر الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة ، وعن عثمان أنه قرر للزوجة بالحق في ميراث زوجها إذا طلقها للفرار من أرضها له .

بل انه ليذكر عن عمر أنه كان يطبق الحكم الذي تمليه المصلحة حتى رغم النص ، أى حتى مع وجود نص يقضى بغير ما تمليه المصلحة ، ذلك كان شأنه حين قرر حرمان « المؤلفة قلوبهم » من نصيبهم من الصدقات ، وإيقاف تنفيذ حد السرقة في عام الحجة (مما سبق أن أشرنا اليه تفصيلاً) (١) .

ويذكر كذلك عن الخليفة عثمان بن عفان أنه أخذ بالمصالح المرسلة رغم وجود نص يخالفها (٢) .

(١) راجع ص ٢٣ ، ٢٤ من بحثنا هذا .

وراجع أيضاً « أصول الفقه » ص ٩٣ ، و « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٣١٣ - ٣١٦ ، و « التشريع الاسلامي » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ٣٥ ، ٣٦ .

ونلاحظ أن أساتذة الشريعة يذكرون بهذا الصدد (أى يصدد المصالح المرسلة) كثيراً من الأمثلة التي لا تدخل في باب التشريع ، أى أنهم يذكرون أمثلة تنطوي على أعمال ذات صبغة إدارية أو سياسية لا تشريعية ، وينسون أننا هنا في مقام الكلام عن مصادر « التشريع » لا مصادر التصرفات الإدارية أو السياسية ، فهم يذكرون مثلاً - فيما يذكرون من الأمثلة - ما قرره أبو بكر من جمع القرآن الكريم في مجموعة واحدة بعد أن كان مدوناً وموزعاً في صحف متفرقة ، وما قرره من محاربة ما نبي الزكاة ، وما قرره عمر من إقامة السجون ، ومن نفى نصر بن حجاج من مكة خشية انتحان النساء بجماله ، فهذه كلها تصرفات ليست ذات صبغة تشريعية .

عل أنه لا يصح - في رأينا - أن يكون في ذلك مأخذ من المأخذ أو منفذ من المناهذ التي يصح أن توجه منها سهام النقد الى فقهاء الشريعة لأن التفرقة بين الأعمال التشريعية والأعمال الإدارية والأعمال ذات الصبغة السياسية التي يطلق عليها الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة هي تفرقة وأن تكن معروفة لدى رجال الفقه الحديث إلا أنها لم تكن معروفة لدى فقهاء الشريعة .

(٢) « الفقه الاسلامي » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ، وكان ذلك نقلاً عن كتاب « دولة القرآن » ص ١٦٨ للأستاذ الشيخ طه عبد الباقي سرور .

ويذكر مثل ذلك عن الامام مالك ، أى أنه كان يرى أن تراعى المصلحة ولو خالفت النص ، لأن الله إنما شرع لمنفعة العباد (١) .

الاستقادات الموجبة « للمصالح المرسلة »

تتلخص هذه الانتقادات التى يندلجها أولئك العلماء المعارضون «للمصالح المرسلة» فيما يلى :

(أولاً) يقولون أن الشارع لم يدع مصلحة دون أن يشرع لها (سواء بنص أو قياس) ، فالمصلحة التى لا سند لها من الشارع لا سند لها من الحقيقة ، أى أنها مصلحة وهمية لا حقيقة فهى لا تصلح إذا أن تكون أساساً لبناء تشريع عليها .

(ثانياً) يقولون أن التشريع الذى يقوم بناؤه على أساس المصلحة يهبط الفرصة لأن تفتح فى بنائه النوافذ والأبواب التى يتسرب منها تيار الأهواء للولادة والأمراء ورجال الافتاء ، فتلبس تلك الأهواء ثياب الشرع والشرع منها براء ، فتحدد ما هى «المصلحة» مسألة لا يمكن أن تخضع للتحديد الدقيق فهى تختلف باختلاف الآراء واختلاف البيئات .

(١) ذلك هو ما ذكره الشيخ الفلايى فى كتابه «الاسلام روح المدنية» ص ٣٩ (نقلنا ذلك عن كتاب «دولة القرآن» للشيخ طه عبد الباقي سرور ص ١٥٢) .

ولقد ذكر الامام الزمزال (فى «المستصفى» ج ١ ص ١٣٩) أن أحد العامة (وكان من الفقهاء المالكيين) قال لأحد ملوك الأندلس لما جامع زوجته فى نهار رمضان : «أن عليك صوم شهرين متتابعين» فى حين أن النص الشرعى يقضى بأن تكون كفارته فى هذه الحالة عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فلما أنكر ذلك على هذا الفقيه لانه لم يأمر الملك بعتق رقبة قال : «لو أمرته بذلك لسهل عليه واستحقق اعتاق رقبة فى جنب (مقابل) قضاء شهوته ، فكانت المصلحة فى ايجاب الصوم لينتجرب به » ولكن الزمزال يرى أن هذه الفتوى باطلة لخالفها نص القرآن .

وقد ذكر الأستاذ الشيخ عمر (فى كتابه ص ٣١٣ ، ٣١٤) أن أحد علماء الحنابلة (نجم الدين الطونى) كان كذلك يقدم الأخذ بالمصالح المرسلة على العمل بالنص عند التعارض فتكون المصلحة المرسلة فى هذه الحالة كالمخصص للنص .

ويلاحظ الأستاذ الشيخ خلاف على ما تقدم أن القول بأن الشارع قد شرع بنصوصه ومبادئه العامة لكل جزئية من الجزئيات المتصلة بمصالح الناس وكل ما يجرد منها في أى زمان ومكان هو قول لا يستند الى الواقع ، أما الخوف من اتباع الأهواء باسم مراعاة المصلحة ، فهو كذلك خوف لا يستند الى أساس جلدى طالما روعيت تلك الشروط التى اشترط توفرها فى المصلحة وهى أن تكون مصلحة عامة يقينية (أى حقيقية) لا تخالف نصاً أو مبدأً شرعياً (١) .

الافتقار حول مبدأ المصلحة « بالمصلحة »

يجب ألا يفهم مما تقدم أن ثمة خلافاً بين الأئمة أو علماء الشريعة حول الأخذ بمبدأ المصلحة ، فالواقع أنه لا خلاف بل ولا يمكن أن يكون ثمة خلاف حول الأخذ بهذا المبدأ ، فلم يوجد منهم أحد لم يأخذ بالاستحسان أو بالمصالح المرسلة (أو الاستصلاح) أو بالعرف ، وهذه كلها إنما هى صور مختلفة من صور المصلحة ، فالعمل بالمصلحة إنما هو — على حد تعبير بعض علماء الشريعة — « أصل من أصول الشريعة ، وذلك لأن المقصود بتشريع الأحكام وبخاصة أحكام المعاملات هو تحقيق مصالح الناس سواء أكانت ضرورية أم حاجية أم تحسينية كماله ، وإن كل حكم من أحكام الشريعة يرجع الى تحقيق واحد من هذه الأمور أو الى أمر مكمل له كما يقول الشاطبى فى موافقاته » (٢) ..

ولقد كان الصحابة — كما قلنا — يعملون بالمصلحة اذا لم يجدوا نصاً ، وأن لم يكونوا يعرفون تلك الأسماء المختلفة التى عرفت بها « المصلحة » فيما بعد فى القرن الثانى الهجرى (أى اسماء : استحسان ، أو مصالح مرسلة أو استصلاح الخ) .

(١) أصول الفقه ص ٩٦ ، ٩٧

(٢) « الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلبى ص ١٦٥

فاذا كان قد عرف هناك خلاف بين الأئمة أو العلماء بهذا الصدد فقد كان في حقيقة أمره خلافا في مدى التوسع في الأخذ بها أو في الطرق التي يجب اتباعها لتحقيقها . فاذا كان قد عرف عن بعض الأئمة مثلا كالامام الشافعي أنه لا يأخذ بالاستحسان ، أو كالامام الغزالي أنه لا يأخذ بالمصالح المرسلة الا اذا كانت « المصلحة » في مرتبة الضرورة ، فانما كان مرد ذلك الى زيادة بل تطرف في الأخذ بأسباب الخبطة خشية سوء استغلال تلك المصادر أى خشية صدور الأحكام الشرعية طوعا لنزوات أو انحرافات الأهواء الشخصية تحت ستار « المصلحة » (١) .

٣ - العرف

يعد الأخذ بالعرف السائد بين الناس - شأنه شأن « المصالح المرسلة » - من مظاهر مسايرة التشريع لمصالح الناس ، ومن دلائل اليسر والسماحة في الشريعة الاسلامية ، كما يعد كل منهما مصدراً من مصادر الأحكام الشرعية .

(١) « وما نقل عن الشافعي (كما يقول الأستاذ الشيخ شلبي ص ١٧٦ ، ١٧٧) من اشتراطه أن يكون المصلحة التي يعمل بها شاهد ما وردت به النصوص لم يكن الا احتياطاً منه لئلا يقتحم هذا الباب من لم يتأهل له أو يتخذ ذريعة الى الحكم بالهوى تحت ستار المصلحة » ثم يقول : « وهذا الاحتياط والتحرز هو الذي جعل الامام الغزالي - فيما أفهم - يغير رأيه في العمل بالمصلحة ، فيبد أن كان يرى أن المصلحة المرسلة تعتبر اذا كانت في مرتبة الضرورة أو الحاجة (كما قرره في شفاء الغليل) راجع من ذلك وقال : انها لا تقبل الا اذا كانت ضرورية كلية كما جاء في المستصن . وراجع كذلك « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ عمر حيث ذكر ص ٣١٥ مانعه » ويستخلص من مجموع ما قيل وكتب في المصالح المرسلة قديماً وجديداً أنه لا يكاد يتخلو مذهب من المذاهب الأربعة المقلدة - وأن اشتهر عن بعض أصحاب هذه المذاهب القول بعدم اعتبار المصلحة المرسلة دليلاً شرعياً - عن رعاية المصلحة الحقيقية لا الموهومة في بناء الأحكام عليها وحدها مادامت تحقق مقاصد الشرع في التشريع والتفتين من جلب منفعة ودفع مضرة ورفع الحرج ، وذلك في المعاملات لا في الأمور التبديدية ... وأن تفاوتت تلك المذاهب في مدى اعتبار المصلحة المرسلة والعمل بها توسعاً وتضييقاً » .

تعريف: ان علماء الشريعة يعرفون العرف بأنه ما اعتاده الناس ،
أى ما تكرر سيرهم على مقتضاه . والعرف والعادة — لدى فقهاء الشريعة —
بمعنى واحد (١) .

ومن ذلك يرى أن هذا التعريف لا يشمل في الواقع سوى الركن
المادى للعرف (وهو التكرار) ، وأنه لا يتضمن الركن الثانى والأساسى لكل
عرف فى كل زمان ومكان ، وهو الركن المعنوى: وهو أن يقوم فى أذهان
الناس أن تلك العادة (تلك القاعدة التى جرى عليها العرف) ملزمة لهم ،
أى أن عليهم واجب احترامها احترام القانون (٢) .

(١) أصول الفقه ص ٩٧ ، وسلم الوصول لملم الأصول ص ٣١٧ ، ٣١٨ حيث يذكر
تعاريف مختلفة للعرف منقولة عن ابن عابدين والبرجاني وغيرهم من علماء الشريعة ، وهى جميعا
لا تخرج فى معناها — وأن اختلفت فى مبناها — عن التعريف الذى قدمناه .

(٢) راجع كتابنا « المفصل فى القانون الدستورى » ج ١ (طبعة ١٩٥٢) ص ١٦٠ ، ١٦١
« ونظرية القانون » (طبعة ١٩٥٤) ص ٢٥٠ ، ١٥٢ للاستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ،
« وأصول القانون » (الطبعة الثانية ١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ٢٥٤ ، ٢٥٥ للاستاذ الدكتور حسن كبره
ونلاحظ أن اغفال فقهاء الشريعة لهذا الركن الثانى (المعنوى) فى تعريف العرف قد أدى بهم
الى أن يقسموا العرف تقسيمات فريدة لا نعرف لها — فيما نعلم — مثيلا لدى رجال الفقه لأية
شريعة من الشرائع فى أى زمان من الأزمنة ، من ذلك ما جرى عليه فقهاء الشريعة الإسلامية
من تقسيمهم للعرف الى « عرف صحيح » و « عرف فاسد » ، فيعرفون الأول بأنه « ما تمارفه
الناس ولا يخالف دليلا شرعيا ولا يحل محرما ولا يبطل واجبا » ، ويعرفون الثانى (العرف الفاسد)
بأنه « ما تمارفه الناس ولكنه يخالف الشرع أو يحل المحرم أو يبطل الواجب مثل تمارف الناس
كثيراً من المنكرات فى المولود » (راجع فى ذلك « أصول الفقه » ص ٩٨) . ومن ذلك أيضاً
تقسيمهم العرف الى « عرف عمل » و « عرف قول » ويعرفون « العرف القول » « بأن يراد
من اللفظ غير معناه الأصل لغة بحيث اذا أطلق هذا اللفظ أنصرف الى المعنى العرفى » ، ويذكرون
لذلك مثالا كلمة الدابة ، معناها الأصل القنوى هو كل ما يذب على الأرض ، ولكن العرف
القنوى خصصها بلفظ الأريم . (راجع فى ذلك « سلم الوصول لملم الأصول » ص ٣١٨ ، ٣١٩)
هذه تقسيمات لم يكن لها — فيما يبدو لنا — مكان فى هذا المقام ، فالمقام هنا للكلام عن مصادر
الشريعة الإسلامية ، فالبحت يجب اذا أن يدور حول العرف فى اصطلاح رجال الفقه لا فى اصطلاح
رجال اللغة أو غيرهم ، فما يطلق عليه بالعرف الفاسد أو العرف القنوى لا يصنع — فى مقامنا هذا
أن يسمى « عرفا » لذلك فليس لرجال الفقه شأن به فهو لا يعينهم وهم ليس لهم أن يعنوا به وبتعريفه ،
وبيان الأمثلة له .

شروط (أو أركان) العرف - أهم هذه الشروط التي بينها فقهاء الشريعة تلتخص فيما يلي :

١ - أن يكون العرف مطرداً أي أن يتكرر اتباع الناس له بانتظام ويلاحظ أن «الناس» يقصد بهم أحياناً الناس جميعاً في قطر من الأقطار ، وفي هذه الحالة يوصف العرف بأنه «عرف عام» ، وأحياناً يوصف العرف بأنه «عرف خاص» وذلك حين يسود ذلك العرف بين أرباب حرفة أو مهنة واحدة أو بين أهالي إقليم أو جهة من جهات أو أقاليم قطر من الأقطار .

وفي هذا الصدد يختلف الإجماع عن العرف ، لأن الإجماع إنما هو اتفاق «المجتهدين» لا اتفاق الناس عامة ، فلا شأن لعامة الناس في تكوين الإجماع كما قدمنا (١) .

ثم أنه يكفي في العرف باعتياد «غالبية» الناس ، أما في الإجماع فإنه يشترط اتفاق «جميع» المجتهدين ، وذلك طبقاً للرأى السائد بين الأصوليين (٢) .

٢ - ألا يخالف العرف حكماً شرعياً ثابتاً بالنص (في القرآن أو السنة) ، فالنص هو الأقوى وهو الأصل الأول والمصدر الأساسي الذي يعتمد عليه لمعرفة الأحكام الشرعية (٣) على أن ثمة بعض حالات استثنائية يصح للعرف فيها أن يخالف النص ، (وسوف نعرض لبيانها فيما بعد) .

«ولقد اعتز من الزميل الأستاذ الشيخ شلبي حل رأينا هذا (بعد أن أطلعناه عليه) بقوله : « أن العرف عند الفقهاء كما يكون مصدراً تشريعياً يستند إليه القاضي أو المفتي يكون مصدراً تفسيرياً يفسر به الألفاظ المتقولة من الشارع أو عن المكلفين في عقودهم وتصرفاتهم » . وهذا اعتراض إذا صح لدى علماء الشريعة فإنه لا يصح لدى رجال الفقه الوضعي الحديث ، وذلك لأن طرق تفسير الألفاظ تدخل في باب التفسير لا في باب المصادر ، والكلام في هذا المقام هو عن «مصادر الشريعة» لا عن «طرق التفسير» .

(١) راجع «أصول الفقه» ص ٩٧ ، «سلم الوصول لم الأصول» ص ٣١٨

(٢) راجع «المدخل في التحريف بالفقه الإسلامي» للأستاذ الشيخ شلبي ص ١٧٨

(٣) راجع «العرف في الفقه الإسلامي» بحث للأستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٨ ، ٩ حيث يقول : في كتاب «المبسوط» (ج ١٢ ص ١٩٦) للرحمى «كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر» .

٣ - ألا يكون العرف مخالفا لشرط اشتراطه أحد المتعاقدين طالما كان الشرط صحيحا .

٤ - أن يكون العرف قائما قبل وقت حدوث التصرف الذى يراد الاحتكام فيه الى العرف ، فلا عبرة بالعرف المتأخر على ذلك التصرف ، ومن الأقوال المأثورة المعروفة لدى الفقهاء « لا عبرة بالعرف الطارىء » (١) .

وما بنا من حاجة الى أن نضيف الى ما تقدم بيانه من الشروط أنه لا مجال للاحتكام الى العرف فى باب العبادات أو المقدرات (٢) .

أورد ميمية العرف - يمكن تلخيص هذه الأدلة التى يذكرها الفقهاء فيما يلى :

١ - يستدلون بالحديث القائل « مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » (٣) .

٢ - أن الشريعة الاسلامية (منذ عهد الرسول) أخذت ببعض القواعد العرفية التى كانت سائدة لدى العرب قبل الاسلام طالما كانت غير متنافية لأصل من أصوله ، وذلك كاشتراط الكفاءة فى الزواج ، وفرض الديه

(١) « العرف فى الفقه الاسلامى » (المرجع السابق) للأستاذ الشيخ عمر ص ٩ ، ١٠

(٢) « المنار » لسيد محمد رشيد رضا عدد ١٣١٨ - ١٣١٩ هجرية ١٩٠١ ميلادية ص ٨٦٠

(٣) راجع « العرف فى الفقه الاسلامى » (المرجع السابق) ص ١٥ ، ١٦ حيث يضيف الى ما تقدم أنه ورد فى رسالة « نشر العرف » لابن عابدين أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقول الله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف » .

ويبدو لنا أن المقصود « بالعرف » فى هذه الآية هو « المرفوع » ، لأنه لو كان المقصود هو « العرف » الذى نتكلم عنه فى هذا المبحث لكانت له ما للنص من القيمة أو القوة القانونية ما دام أن الله يأمر بالأخذ به فى كتابه الكريم ، ولكن الواقع غير ذلك كما يقرر الفقهاء جميعا من أن النص أقوى من العرف (كما بينا فيما تقدم) .

على عاقلة القاتل (وهي عصبية وقيلته الذين يدافعون عنه) فأقرت الشريعة نظام الدية الذي كان متبعاً عند العرب في الجاهلية (١) .

٣ - أن الأخذ بالعرف ما هو في حقيقة أمره وفي أغلب صورته سوى مجرد تطبيق لأحد المبادئ العامة التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية ، ذلك هو المبدأ الموجب لنفي الحرج ، وهو المبدأ الذي تعبر عنه الآيتان الكريمتان : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » ، « وما جعل عليكم في الدين من حرج » (٢) .

محيية العرف (أو القوة القانونية للعرف)

أن علماء الشريعة يعدون العرف - كما قدمنا - حجة شرعية ومصدراً من مصادر الشريعة ، نجد الكثيرين من الأئمة المحققين قد أخذوا بالعرف كالإمام مالك ، وأبي حنيفة ولقد اختلف أصحابه فيما ذكروا من أحكام تبعاً لاختلاف العرف في الجهة التي يقيم فيها كل منهم ، والإمام الشافعي لما رحل إلى مصر أدخل تغييراً على بعض أحكام مذهبه الذي عرف عنه حين كان ببغداد ، وذلك راجع لتغير العرف ، ولذلك قيل أن للشافعي مذهبين : القديم والجديد (٣) ونجد العبارات الشهيرة الذائعة لدى فقهاء الشريعة قولهم :

(١) ويضاف إلى ما تقدم من الأمثلة : مراعاة الشريعة لمصيبة في الأثر والولاية . راجع فيما تقدم « العرف في الفقه الإسلامي » للأستاذ الشيخ عمر ص ٢٥ - ٢٨ حيث يذكر المؤلف عدة من هذه الأمثلة .

(٢) يجدر بنا هنا أن نوجه الأنظار إلى أننا وجدنا فقهاء الشريعة الإسلامية لا يشيرون في هذا المقام إلا إلى دليل واحد (من أدلة حجية العرف) وهو الدليل الأول . أما هذا الدليل الثالث فقد ورد الكلام عنه عرضاً في بحث الأستاذ الأكبر الشيخ نمراني « الاجتهاد في الإسلام » ص ٥١ لافي مقام الكلام عن موضوع « أدلة حجية العرف » فهو موضوع لم يعرض له بتاتاً في ذلك البحث ، وإنما ورد الكلام عنه في مقام الكلام عن « تثير الأحكام » (ص ٤١ - ٥١) فذكر في نهاية كلامه أنه يرى « أن العرف ليس دليلاً وأنه لم يعمل به لاعتباره دليلاً وإنما يعمل به امتثالاً للدليل العام القاطع الموجب لنفي الحرج » . ويبدو لنا أنه يقصد بذلك إلى القول بأن العرف « ليس دليلاً » أي ليس مصدراً تشريعياً مستقلاً ، وأن المصدر (أو الدليل) « على حد تعبير علماء الشريعة » هو « المصلحة » المخبرة في نظر الشارع الإسلامي (أو على حد تعبيره « الدليل العام القاطع الموجب لنفي الحرج ») وأن العرف ما هو إلا صورة من صور تلك « المصلحة » .

(٣) « أصول الفقه » (المرجع السابق) ص ٩٩

« العادة شريعة محكمة » ، « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » ، و« الثابت بالعرف كالنائب بالنص » (في العقد) .

ولكنه هل يمكن للعرف أنه يخالف النص ؟ - يرى الفقهاء أن الأصل أن النص (الشرعي) أقوى من العرف فلا يمكن للعرف أن يخالفه ، اللهم إلا إذا كان النص الشرعي عاما والعرف خالفه في بعض أجزائه ، فإنه يعمل في هذه الحالة بالعرف والنص معا ، ويعد العرف تخصصا للنص العام لا مبطلا له ، مثال ذلك أن النص ورد من الشارع في نهي الإنسان عن أن يبيع ما ليس عنده ، ولكن الفقهاء أجازوا عقد الاستصناع لأن العرف جرى به مع أن النص يشمل الاستصناع من حيث النهي عنه لأنه يبيع ما ليس عند الإنسان ، فهنا عمل بمقتضى النص في غير الاستصناع وعمل بالعرف في الاستصناع (١) .

تغير العرف : ويجدر بنا في مقام الختام أن نشير الى أن الأحكام الشرعية المستمدة من العرف تتغير بتغير العرف زمانا ومكانا ، لهذا يقول الفقهاء بهذا الصدد « أنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان » (٢) .

انكار البعض للعرف كمبرر مستقل : ويرى بعض الفقهاء أن العرف ليس في حقيقة أمره وفي الغالب من صوره مصدر أو دليلا شرعياً مستقلا ، فأما هو صورة من صور مراعاة « المصالح » المرسلة » (٣) ،

(١) العرف في الفقه الاسلامي (المرجع السابق) ص ١٠ - وراجع « الاجتهاد في الاسلام » للمرافى ص ٩ حيث يقول « حكم بعضهم العرف في تخصيص النصوص الصريحة .. دفعا للحرج » وراجع كتاب « دولة القرآن » ص ١٦١ للأستاذ الشيخ طه عبد الباقي سرور حيث يقول : « أتى الإمام أبو يوسف بجعل البر والشعر موزونين ، مع ورود النص الشرعي القاطع باعتبارهما مكيلين ، واستند أبو يوسف على العرف ، وجعل العرف في التشريع قاعدة راجحة » .

(٢) أصول الفقه ص ٩٩ وراجع « الاجتهاد في الاسلام » ص ٥٢ حيث يقول : « لعمري أن يفتى على عرف أهل زمانه وإن خالف فتوى المتقنين » .

(٣) أصول الفقه ص ١٠٠

أو هو يعمل به - فيما يرى البعض (الأستاذ الأكرم المراغي) امتثالاً أو اتباعاً لأحد المبادئ العامة التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية ، ذلك هو المبدأ الموجب لنفي الحرج (١) .

٤ - الاستصحاب

نمير - إذا كان هناك حكم شرعي معروف ثابت لمسألة من المسائل في الماضي ، ولم يعرف دليل شرعي يدل على بقاء هذا الحكم واستمراره في الحاضر ، فهل يعتبر هذا الحكم باقياً وذلك حتى يتم تعديله أو الغاؤه أو لا يعتبر باقياً ؟ .

فالقائلون بالاستصحاب يجيبون على هذا السؤال بأنه يعتبر باقياً مادام لم يتم دليل على حدوث تعديل له أو الغاء .

تعريف - يعرف الاستصحاب - في اصطلاح الأصوليين - بأنه استبقاء الحكم الشرعي الذي كان ثابتاً في الماضي لمسألة من المسائل ، أي اعتباره باقياً وذلك حتى يتم تعديله أو الغاؤه (٢) .

أردت القائمين بحجية الاستصحاب : تلخص أهم الأدلة التي يدل بها أغلب علماء الشريعة وهم من القائمين بحجيته فيما يلي :

١ - يقولون إن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره (أي ما ما يعدله أو يلغيه) (٣) .

(١) الاجتهاد في الإسلام للأستاذ المراغي ٥١

(٢) أصول الفقه ص ١٠٠ ، وسلم الوصول لعلم الأصول ص ٣٠٤

وراجع « المستصفى » ج ١ ص ١٢٨ للإمام الغزالي حيث يعرفه بأنه « عبارة عن التمسك بدليل عقل أو شرعي وليس راجعاً إلى عدم العلم بالدليل ، بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المنير ، أو مع غل انتفاء المنير حته يدل الجهد في البحث والطلب » .

(٣) فالقنطرة في كل زمان ومكان - كما يقول هؤلاء العلماء - يمكن بالملكية لمن شهدت له البيئة بأنه مالك ، أو بناء على سند ملكية بتاريخ سابق ، ويمكن بالدين على من شهدت عليه البيئة باستماتة سابقة - راجع سلم الوصول لعلم الأصول ص ٣٠٧

٢ - ويقولون أن الفقهاء قد أجمعوا على أن ما يثبت باليقين لا يزول بالشك ، فمن شك بعد أن توضحاً في أنه حدث ما ينقض الوضوء فلا عبرة بهذا الشك .

النتائج أو المبادئ الشرعية المترتبة على العمل بالاستصحاب - تلخص هذه النتائج أو المبادئ فيما يلي :

- ١ - الأصل في الأشياء الإباحة .
- ٢ - الأصل في الإنسان أو في الذمة البراءة .
- ٣ - ما يثبت باليقين لا يزول بالشك .
- ٤ - الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره (١) .

ملحوظات: نلاحظ (أولاً) على ما تقدم أن هذه النتائج المترتبة على العمل بالاستصحاب تتضمن - فيما تتضمنه - تلك الأدلة التي يقدمها القائلون بالاستصحاب ، وهذا أمر ينطوي بلاريب على قسط من الطرافة والغرابة !!

ونلاحظ (ثانياً) أن هذه النتائج تعد جميعاً من الأمور أو المبادئ البديهية التي لا يمكن أن تكون موضع خلاف من أحد ولا من أولئك المنكرين للاستصحاب أى من القائلين بعدم حجيتهم (كأغلب علماء الحنفية) ، لذلك لم يكن من الأمور المقبولة عتلاً أن تعد في عداد النتائج المترتبة على الاستصحاب مبادئ يأخذ بها المنكرون للاستصحاب (أى القائلون بعدم حجيتهم) (٢) .

(١) أصول الفقه ص ١٠٢ ، وسلم الوصول للم الأصول ص ٣٠٨

ويقولون أنه قد ترتب أو قد بني على الأخذ بالاستصحاب المادتان ١٨٠ ، ١٨١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . فالمادة ١٨٠ تنص على أنه « تكفى الشهادة بالدين وأن لم يصرح ببقائه في ذمة المدين وكذا الشهادة بالدين » - وتنص المادة ١٨١ على أنه « تكفى الشهادة بالوصية والإيصاء وأن لم يصرح بأصرار الموصى الى وقت الوفاة » راجع في ذلك مؤلف الأستاذ الشيخ عمر (المراجع السابق) بالهافس رقم ٢ من صفحة ٣٠٨

(٢) ويجدر بنا هنا أن نشير مجرد إشارة في وجيز من العبارة الى أهم ما يستند اليه أولئك المنكرون القائلون بعدم حجيتهم الاستصحاب (وهو أغلب علماء الحنفية) : يقولون أنه كان -

٥ - شرع من قبلنا

تعريف - المقصود « بشرع من قبلنا » الشرائع السماوية التي جاء بها الرسل الذين سبقوا الرسول عليه السلام . ويرى بعض علماء الشريعة أن ما قصه الله علينا في القرآن أو قصه الرسول في أحاديثه من أحكام شرعية لتلك الشرائع يعد بما فرض على المسلمين اتباعه ، وأن لم يذكر ذلك صراحة ، وذلك ما لم يذكر أنه منسوخ في حقهم (أي غير مفروض عليهم) . وفي ذلك موضع من مواضع الخلاف بين علماء الشريعة : فبعضهم يقول بحجية « شرع من قبلنا » والبعض الآخر يرى بالعكس أنه لا يكون شرعاً لنا أو حجة علينا إلا إذا نص على ذلك صراحة (١) .

أول القائلين بحجية « شرع من قبلنا »

يتلخص هذا الرأي في قولهم أن شريعتنا إنما نسخت من الشرائع السماوية السابقة ما خالف فحسب مبادئ الشريعة الإسلامية ، فما لم ينسخ من أحكام الشرائع السابقة يعد شريعة لنا ، فالقرآن حين يقص علينا حكماً شرعياً من تلك الشرائع السابقة ، دون أن ينص على نسخه (أي على الغائه) فإن ذلك يعد بمثابة اقرار ضمنى لذلك الحكم الشرعى ، لأنه حكم الهى بلغه الرسول البنا ، دون أن يدل دليل على رفع ذلك الحكم عنا - ويستند

= الحكم الشرعى يحتاج الى دليل يثبت قيامه أى نشأته في الماضي (أو على حد تعبيرهم « يحتاج الى دليل ابتداء ») فإنه يحتاج كذلك الى دليل يثبت بقاءه ودوامه في الحاضر (أو على حد تعبيرهم « يحتاج الى دليل دواماً وبقاء ») ولا يكفى لاثبات بقاءه في الحاضر ذلك الدليل الذى أثبت نشأته أو قيامه في الماضي ، فهذان أمران متبايران - راجع « سلم الوصول » ص ٣٠٦

(١) أن الأحكام الشرعية التي نص القرآن صراحة أنها مفروضة على المسلمين كما كانت مفروضة على من سبقهم من الأمم في الشرائع السماوية الأخرى ، لا خلاف - ولا يمكن بدعاة أن يكون ثمة خلاف - بين علماء الشريعة بمسندها ، ذلك كما في قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم » - راجع « أصول الفقه » ص ١٠٣

(٢) ومن هذا الرأي جمهور علماء الحنفية وبعض علماء المالكية والشافعية ، كما يزيد هذا الرأي الأستاذ الشيخ خلاف (في مؤلفه « أصول الفقه ») ص ١٠٣

أصحاب هذا الرأي على بعض آيات قرآنية يذكرون في مقدمتها قوله تعالى :
« شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا » ، وقوله : « ثم أوحينا إليك
أن اتبع ملة إبراهيم »

وفي مقدمة الأحاديث التي نذكر تأييداً لهذا الرأي ما يذكر من أن الرسول
طلب إليه القصاص في سن كسرت فقال : « كتاب الله يقضى بالقصاص
في حين أنه ليس في القرآن قصاص السن إلا ما حكى عن التوراة في القرآن
وما قاله تعالى (في القرآن) بشأن اليهود : « وكتبنا عليهم فيها أن بالنفس النفس والعين
بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » (١) .

أولنا القائلون بعزم محية « شرع من قبلنا »

أصحاب هذا الرأي يردون على الأدلة السابقة التي يستند إليها أصحاب
الرأي الأول بما يلي :

(١) عن الآية « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا » يقولون
أن المراد من الدين إنما هو أصل التوحيد لا ما اندرس من
شريعة نوح ، ولهذا لم يذكر عن النبي أنه أخذ في البحث
عن شريعة نوح .

(ب) وكذلك فإن المراد بلفظ « الملة » في قوله تعالى : « ثم أوحينا
إليك أن اتبع ملة إبراهيم » إنما هو أصول التوحيد واجلال
الله تعالى بالعبادة وذلك دون الفروع الشرعية ، فلفظ « الملة »
لا يطلق على الفروع الشرعية بدليل أنه لا يقال : ملة الشافعي
وملة أبي حنيفة لمذهبهما في الفروع الشرعية .

(١) راجع في بيان أدلة هذا الرأي تفصيلاً في كتاب « الأحكام في أصول الأحكام » للامام
(مطبوعات صبيح) ج ٣ ص ١٢٩ ، ١٣٠ وكذلك « المستصفى » للزالي ج ١ ص ١٢٤

(ج) أما القول بأنه « ليس في القرآن قصاص السن الا ما حكى عن التوراة في القرآن ... الخ » فردا على ذلك يقول الآملى :
 أننا لا نسلم أن كتابنا غير مشتمل على قصاص السن بالسن الا في تلك الآية التي أشير فيها الى التوراة والى اليهود ،
 اذ أن القرآن يشمل آية أخرى بهذا الصدد ، وهى قوله تعالى :
 « فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم »
 وهذا القول — كما يقول العلامة الآملى — « عام في السن وغيره » (١) .

ويضيف أصحاب هذا الرأى الى ما تقدم أن النبى لم يتعبد بشريعة من قبله
 ويستدلون على ذلك بما يلى :

(١) أن لكل رسول شريعة خاصة ، فلقد قال تعالى : « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » .

(ب) أن الرسول حين بعث معاذ بن جبل قاضيا الى اليمن قال له
 بم تحكم ؟ فأجاب بالكتاب والسنة والاجتهاد ، ولم يذكر
 التوراه والانجيل و« شرع من قبلنا » . وقد أيداه الرسول
 (كما أشرنا الى ذلك تفصيلا) .

(ج) لو كان الرسول متعبداً بتلك الشرائع السابقة للزمه مراجعتها
 والبحث عنها ، وهو مالم يحدث ، وهذا راجح لاندراسها
 وتحريفها ، فضلا عن اختلافها بعضها عن البعض (٢) .

(١) « الأحكام في أصول الأحكام » (المرجع السابق) للآملى ج ٣ ص ١٢٢

(٢) « المستقصى » للزال ج ١ ص ١٣٣ والآملى ج ٣ ص ١٣٠ - ١٣٢ ، وهذان الفقهاء
 الكبار ان من يؤيدون هذا الرأى . وهو الرأى الذى نؤثره

٦- مذهب الصحابي

تعريف : يقصد « مذهب الصحابي » تلك الفتاوى التي كانت تصدر بعد وفاة الرسول - من بعض الصحابة الذين عرفوا « بالاجتهاد » وبطول الملازمة للرسول ، والمقصود هنا هو ما أفتى به واحد أو بعض من أولئك الصحابة ولم يتفق عليه كلمة أولئك المجتهدين من الصحابة (والذين كان لا يزيد عددهم عن العشرين) (١) .

ونقطة البحث والخلاف بين علماء الشريعة - في هذا المقام - تتلخص في معرفة هل تعد هذه الفتاوى من المصادر التشريعية الملحقة بالنصوص بحيث يجب على المجتهد (من غير الصحابة) (٢) أن يرجع الى تلك الفتاوى قبل أن يرجع الى القياس ، أم لا تعد تلك الفتاوى كذلك ؟

أما وقد حددنا نقطة البحث والخلاف فأننا ننتقل الى استعراض الأدلة المختلفة التي يستند اليها أصحاب الرأيين المتنازعين بهذا الصدد .

« أولئك القائلين بحجية مذهب الصحابي »

يستند علماء الشريعة من أصحاب هذا الرأي على بضعة أحاديث يذكر في مقدمتها قول الرسول « أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » ، ويقولون أنه إذا لم يؤخذ بحجية رأى أى صحابي من الصحابة عموماً طبقاً لهذا الحديث فلا أقل من أن يؤخذ بحجية فتاوى الخلفاء الأربعة (وهم في مقدمة الصحابة

(١) أما ما اتفقت عليه كلمة المجتهدين من الصحابة فإنه يمد « إجماعاً » ، ولا خلاف في أنه يمد حجة شرعية ومصدراً من مصادر الشريعة ، والحجة هنا في « الإجماع » لا في « مذهب الصحابي » ولكن هل إذا اقتصر قول الصحابي ولم يعرف له رأى مخالف بين مجتهدي الصحابة أ يكون ذلك أم لا يكون إجماعاً ؟ - يقول الأستاذ الشيخ خلاف « (في مؤلفه « أصول الفقه » ص ١٠٥) أن ذلك يمد إجماعاً ، ويرى العلامة الآدمي (في مؤلفه « الأحكام في أصول الأحكام » ج ٣ ص ١٣٥) « أن ذلك غير متحقق فيما إذا لم ينتشر » .

(٢) لا خلاف بين علماء الشريعة على أن « مذهب الصحابي » (أو ما يصدره من هذه الفتاوى) ليس حجة على أحد من الصحابة المجتهدين ، أما الخلاف في هل يمد حجة على من بعده التابعين وغيرهم (راجع « سلم الوصول لعلم الأصول » ص ٣٢٨) .

المجتهدين كما هو معلوم (وذلك لما يذكر عن الرسول أنه قال : « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي » ، ويقولون أنه يتبين من قوله « عليكم » في هذا الحديث أنه يفيد الوجوب أى الالتزام (١) .

أورد القائلين بعدم مجية « مذهب الصحابي »

هذا هو الرأى الراجح بين علماء الشريعة (٢) - وتتلخص أهم أدلة هذا الرأى فيما يلى :

١ - يقولون أن من يجوز عليه الخطأ والسهو ولم تثبت عصمته عنه لاجحة في قوله ملزمة لغيره .

٢ - ثم أن الصحابة قد اتفقت كلمتهم على جواز مخالفهم (الا اذا كان ثمة إجماع) ، فلم يتكر أبو بكر وعمر الاجتهاد على من خالفهما ، بل أن الصحابة قد أوجبوا على كل مجتهد أن يتبع ما ينهى اليه اجتهاده (٣) - ولكن المتأخرين أعطوا لاجتهاد الصحابي برأيه في الاحكام الفقهية قيمة وقدرأ أكثر مما كان يعطى الصحابة أنفسهم لأرائهم الاجتهادية (٤) .

(١) الاحكام في أصول الأحكام للكمي ج ٣ ص ١٣٥

ويقول أبو حنيفة ومن وافقه : « اذا لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسوله أغلقت بقول من ثلث من الصحابة وأدع قول من ثلث ، ثم لا أخرج عن قولهم جميعا لغيره » ، فالامام أبو حنيفة لا يرى رأى واحد مدين منهم حجة ملزمة فله أن يأخذ برأى من شاء منهم ولكنه لا يسوغ مخالفة آرائهم جميعا ، فهو لا يسوغ القياس في الواقعة طالما كان لأحد من الصحابة فيها فتوى ، ولعل أبا حنيفة يرى (كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف) ان اختلاف الصحابة في الحكم الفرعى الى قولين يعد « إجماعا » منهم على أنه لا ثالث ، واختلافهم الى ثلاثة أقوال يعد إجماعا منهم على أنه لا رابع ، وأن الخروج عن أقوالهم جميعا يعد بمثابة خروج عن « الإجماع » .

راجع أصول الفقه (المرجع السابق) ١٠٥ - ويلاحظ أن الشيخ خلاف من القائلين بمجبة « مذهب الصحابي » .

(٢) اذ يقول بهذا الرأى العلامة الأملى (في كتابه « الأحكام » المرجع السابق ج ٣ ص ٣٣ (١٣٥) ، والامام الفزائى في كتابه « المستقصى » ج ١ ص ١٣٥ ، ١٣٦) والشوكاني (في كتابه « أرشاد الفحول ٢١٤) .

(٣) المستقصى للفزائى ج ١ ص ١٣٥

(٤) المدخل لدراسة الفقه الاسلامى للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى (الطبعة الثانية)

صفحة ٨٣ ، ٣٩

٣ - أن قول الصحابي لا يصح أن يكون حتما حجة على من يأتي بعده من التابعين وغيرهم ، لأن الصحابي ليس حتما أكثر امتيازاً عنهم في الاجتهاد وأن امتاز من حيث صحبته للرسول ، ولقد قال الرسول : « رب حامل فقه الى من هو أفقه منه » (١) .

الرد على أدلة أصحاب الرأي الأول . ويرد أصحاب هذا الرأي الثاني على أدلة أصحاب الرأي الأول (القائل بحجية مذهب الصحابي) بما يلي :

١ - قول الرسول « أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم « إنما يخاطب الرسول به أعوام أهل عصره ، ثم هو يخبرهم في الاقتداء بمن شأوا من صحابته ، هذا فضلا عن أن هذا الحديث لا يدل على وجوب الاتباع للصحابة بل يدل على الاقتداء لمن اتبع (٢) .

٢ - أما قول الرسول « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدى » فإنه اذا أخذ بالتفسير الذي يقول به أصحاب الرأي الأول (القائل بحجية مذهب الصحابي) يترتب عليه تحريم الاجتهاد على بقية الصحابة اذا اتفق الخلفاء ، وهو أمر لم يحدث ولم يقل به أحد ، فالواقع أن الصحابة كانوا يجتهدون وكانوا يخالفون الخلفاء ، ثم أن الزامنا باتباع كل خليفة من الخلفاء الراشدين هو الزام بأمر مستحيل نظراً لاختلافهم في بعض مسائل معينة ، ثم أن الخلفاء لم يجتمعوا في الخلافة معا (في وقت واحد) حتى يمكن القول بإسكان اتفاقهم جميعاً على أمر وأنه يجب علينا اتباعه . ولكن الذي يعنيه هذا الحديث - كما يقول الامام الغزالي - هو إما أن الرسول يأمر الناس بالانقياد وبذل الطاعة للخلفاء أى قبول امارتهم وسنتهم ، واما أنه يأمر الناس أن ينهجوا منهج الخلفاء في العدل والانصاف (٣) .

(١) الأحكام للامام ج ١ صفحة ١٣٥

(٢)، (٣) المستصفى للغزالي ج ١ صفحة ١٣٥

والرأى عندى أن هذا الحديث مشكوك فى أمر صحته ، بل مقطوع فى أمر عدم صحته ، وذلك لأن اصطلاح « الخلفاء الراشدين » لم يعرف - فيما يذكره لنا التاريخ - إلا بعد وفاة الرسول وبعد تعدد من خلفه من الخلفاء ، فلم يعرف عن أبى بكر أو عمر أن أحدا فى عهده وصفه بأنه أحد « الخلفاء الراشدين » وكل ما نعرفه أن عمر بن الخطاب وصف « بأمر المؤمنين » ثم ظل يوصف من بعده بهذا الوصف من تلاه من الخلفاء .

المبحث الثالث

القانون الروماني ومصادر الشريعة الاسلامية

مهمبر - مما يتصل بالمبحث السابق أن نعالج بحث هذا الموضوع الذي احتل جانبا كبيرا من فقه تاريخ القانون ، وهو موضوع آثاره وما أثاره علماء المستشرقين ، فأوسعوه ما وسعهم الجهد ظلما ، كان طبقات فوق بعض طبقات ، كما أوسعوا الشريعة الاسلامية ظلما بلغ درجة دونها جميع الدرجات .

أما ذلك الموضوع فهو يدور حول الاجابة عن هذا السؤال : هل يعد القانون الروماني مصدرا من مصادر الشريعة الاسلامية ، أو بالأقل هل تأثرت الشريعة بذلك القانون ؟ ويجيب الكثيرون من علماء المستشرقين (الذين آثاروا هذا الموضوع منذ منتصف القرن التاسع عشر) بالإيجاب . بل أننا ألقينا بعضهم تذهب به نزعة التطرف والمغالاة الى حد المناداة بأن " الشريعة الاسلامية ليست الا القانون الروماني معدلا وفق الأحوال السياسية في الممتلكات العربية " أو « أن الشريعة الاسلامية ليست سوى قانون جستنيان في ثياب عربي » أو « أن العرب لم يضيفوا جديدا الى القانون الروماني سوى بعض أخطاء » (١) وأنه « كان على اليونان وفارس والهند ضريبة شفاء العقل العربي من عقمه » (٢) . الى مثل ذلك الحد ذهبت ببعض أولئك المستشرقين نزعة التعصب العنصري أو التعصب الديني ، أو بعض الأهواء التي اختنقت في جوها

(١) ذلك هو ما ذكره الأستاذ ايموس Sheldan Amos في مؤلفه : Roman Civil Law الطبعة الثانية ص ٤٠٦-٤١٤ نقلا عن بحث قيم الدكتور صوفي حسن أبو طالب بعنوان « بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني » ص ٦ وقد كان هذا البحث أهم مرجع لنا في هذا المبحث الثالث.

(٢) ذلك هو ما ذكره المستشرق الألماني ساشو Sachou وقد أشير الى أقواله في كتاب « الامبراطورية البيزنطية » تأليف نورمان ييتز تريب الأستاذين حسين مؤنس ومحمود يوسف زيد (طبعة ١٩٥٠ ص ٧٣٢) نقلا عن مؤلف الدكتور صوفي (الأستاذ المساعد بكلية حقوق جامعة عين شمس) (المرجع السابق) ص ٦

روح البحث العلمى . والى مثل ذلك الحد ألفيناهم ينظرون الى مآثر القانون الرومانى بألف عين وعين ، فى حين نجدهم قد أغمضوا عن مآثر الشريعة كل عين . على أن هذه المآثر قد اعترف بها وقدرها قدرها فى السنوات الأخيرة بعض المنصفين من أولئك المستشرقين ، وبعض مؤتمرات القانون المقارن التى عقدت فى الربع الثانى من هذا القرن العشرين ، مما سنوسعه فيما بعد تفسيراً وتفصيلاً .

على أنه اذا كان بعض المستشرقين قد ذهب به نزعة التطرف الى مثل ذلك الحد البعيد ، أى الى حد القول بأن القانون الرومانى أحد مصادر الشريعة الاسلامية ، فأنتنا نجد البعض الآخر منهم قد لزم جانب الاعتدال بحيث يرى أن الشريعة قد تأثرت مجرد تأثر بالقانون الرومانى ، أو بعبارة أخرى أكثر أيضاً وافصاحاً : أن رجال الفقه الاسلامى قد تأثروا بالقانون الرومانى ، وذلك بعد أن التقى الاسلام بهذا القانون فى كثير من البلاد التى فتحها المسلمون فى صدر الاسلام ، ولقد تأثر برأى هذا البعض من علماء المستشرقين المعتدلين بعض من العلماء الشرقيين المعاصرين ، ممن طبعهم الثقافة الغربية بطابعها ، وصنعت لعقولهم منظراً فى مصنعها .

فما هى تلك الأدلة التى يستند اليها هؤلاء المعتدلون وأولئك المتطرفون من المستشرقين ؟ والى أى حد مالت ناحية الصواب أو مالت عنه ؟ ثم ماهى الأدلة التى يستند اليها الرأى الآخر القائل باستقلال الشريعة الاسلامية وبعدها عن التأثير بالقانون الرومانى (١) .

(١) حضور تاريخ القانون الرومانى : يلاحظ أن القانون الرومانى الذى نعينه فى هذا البحث هو ذلك القانون الذى كان سائداً فى مصر البيزنطى ، ولذلك يطلق عليه أحياناً بالقانون الرومانى البيزنطى ، وقد جمعت قواعده فى عهد الامبراطور جستنيان (المتوفى عام ٥٢٦ م) . من أجل ما تقدم كان ضرورياً أن نذكر نبذة موجزة عن العصور المختلفة التى مر بها تاريخ القانون الرومانى : يقسم تاريخ القانون الرومانى الى ثلاثة عصور مختلفة يتميز كل عصر منها بخصائص معينة .
العصر الأول : هو عصر « القانون القديم » ويبدأ بتأسيس روما عام ٧٥٤ قبل الميلاد وبقيام النظام الملكى فيها ، ويمتد الى ما بعد انتهاء النظام الملكى حتى يشمل كذلك شطراً من عهد النظام الجمهورى بحيث ينتهى هذا العصر عام ١٢٠ ق.م . ، ويلاحظ أن النظام الملكى كان يقوم =

أما وقد انتهينا من هذه الكلمة التمهيدية فأنتقل إلى الإجابة عن هذه الأسئلة الثلاث ، وذلك في ثلاثة مباحث :

الفرع الأول : نعرض فيه أدلة القائلين بأن الشريعة الإسلامية تأثرت بالقانون الروماني ، أو بأن هذا القانون مصبّر من مصادرها .

الفرع الثاني : نعالج فيه مناقشة تلك الأدلة .

الفرع الثالث : نعرض فيه أدلة القائلين باستقلال الشريعة الإسلامية .

== على سلطة الملك (rex) الذي كان يمد الرئيس الأعلى والرئيس الديني والرئيس القضائي ، أما النظام الجمهوري الجديد فقد كان يقوم على إحلال حاكمين يختارهما الشعب سنويا محل الملك ، هذان الحاكمان هما القنصلان . وقد كان الشعب ينقسم إلى طبقتين : طبقة الأشراف ، والعامّة . والأشراف وحدهم هم الذين يتمتعون بالحقوق العامة والخاصة كاملة . وهذا العصر يمثل دور الطفولة في تاريخ القانون الروماني .

العصر الثاني : يطلق عليه « العصر الملكي » وهو يبدأ بانتهاء العصر السابق وينتهي بحكم الإمبراطور قلدليانوس عام ٢٨٤ بعد الميلاد ، فهذا العصر يمتد حتى يشمل الشطر الأخير من عهد نظام الجمهورية وكذلك عصر الإمبراطورية العليا الذي يبدأ بحكم الإمبراطور أغسطس عام ٢٧ ق.م بحكم قلدليانوس وهذا العصر يمثل دور النضوج والإكمال بالنسبة لتاريخ القانون الروماني ، وتتميز هذه الفترة بذلك النزاع السياسي والحربي بين القواد الرومان ، ذلك النزاع الذي انتهى بانتصار أكتافيوس الملقب بأغسطس . وفي هذا العصر في نهاية القرن الثاني للميلاد ظهر ظهور كبار حفظت لنا مجموعة جوستنيان كثيرًا من كتاباتهم فذكر في مقدمتهم الفقيه جايوس

العصر الثالث : وهو عصر الإمبراطورية السفلى أو العصر البيزنطي ، وهو يبدأ بحكم الإمبراطور قلدليانوس عام ٢٤٨ م وينتهي بانتهاء حكم إمبراطور الشرق (الإمبراطورية الرومانية الشرقية) جستنيان عام ٥٢٧ م- هذا عصر تدهور واختلال من جميع النواحي السياسية والاجتماعية والقانونية ، إلا أنه يمد من ناحية أخرى عصر التجميع ، فقد توج هذا العصر صدور تلك المجموعات التي غلّدت القانون الروماني ونهت بها مجموعات جوستنيان . ويلاحظ أنه في هذا العصر انقسمت الإمبراطورية الرومانية إلى قسمين : الإمبراطورية الغربية وعاصمتها روما ، والإمبراطورية الشرقية وعاصمتها بيزنطة (التي سميت فيما بعد القسطنطينية نسبة إلى الإمبراطور قسطنطين . ويسمى هذا العصر الثالث من عصور تاريخ القانون الروماني باسم البيزنطي (نسبة إلى بيزنطة).

ولقد سقطت الإمبراطورية الغربية على أثر غزوات القبائل الجرمانية عام ٤٧٦ م . أما الإمبراطورية الشرقية فقد سقطت على يد محمد الفاتح عام ١٤٥٣ م .

والثابت أن تطور القانون الروماني طيلة العصر الأول وأوائل العصر الثاني كان راجعا بصفة عامة إلى عوامل رومانية (بمجة أي نابتة من البيئة الرومانية) ، ولكننا نجد ذلك التطور بعد ذلك (أي حتى آخر العصر الثالث البيزنطي) إنما كان يرجع إلى عوامل أجنبية أكثر منها رومانية إذ تأثر في تلك الفترة بالديانة المسيحية والثقافة الإغريقية والشرقية ، فغالبية التعديلات التي أدخلت على القانون الروماني في العصر البيزنطي إنما كانت ترجع إلى القوانين والعادات التي كانت سائدة في مصر والشام-راجع فيما تقدم « القانون الروماني » للأستاذين الدكتور عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم البدر (طبعة ١٩٤٩) المقتسة صفحة ج إلى ع

الفرع الأول

الرأي القائل بأنه الشريعة الإسلامية تأثرت بالقانون الروماني ، أو بأنه هذا القانون مصدر من مصادرها

نلاحظ أولاً أن الأدلة التي يستند إليها المعتدلون أو المتطرفون من المستشرقين نكاد نجدها هي ذاتها لدى هؤلاء وأولئك ، غير أن الذي يفرق بين الفريقين يتلخص في أن النتيجة التي انتهى إليها الفريق الأول قد طبعت بطابع الاعتدال بينما نجد تلك التي انتهى إليها الفريق الثاني قد طبعت بطابع التطرف ، ولذلك رأينا أن نجتمع بين الأدلة جميعاً في مبحث واحد ، والواقع أنها جميعاً يمكننا أن نلخصها في دليل واحد : هو وجود تشابه بين بعض الأنظمة القانونية (في القانون الروماني والشريعة الإسلامية) ، فإذا أردنا أن نعرف كيف نشأ ذلك التشابه أو ذلك التأثير من الشريعة بالقانون الروماني وجدنا أولئك المستشرقين قد تفرقت الطرق بهم ، وتعددت وتغيرت الأدلة لديهم . واليك تفصيلاً ما أجهلنا .

التشابه بين بعض الأنظمة القانونية (في القانون الروماني والشريعة الإسلامية).

هذا التشابه يعد دليلاً - في نظر أولئك المستشرقين - على تأثير الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني لأن الثاني (الروماني) كان سابقاً على الشريعة من الناحية الزمنية ، كما أنه كان - فيما يرون - أعلى منها درجة بل درجات من حيث النضوج والازدهار ، وكان طبيعياً إذا - كما يعتقدون - أن يتأثر اللاحق بالسابق والأضعف بالأقوى . أما عن وجوه هذا التشابه في بعض القواعد القانونية فنجدهم يذكرون في مقدمتها قاعدة «البينة على من ادعى» ومبدأ «المصالح المرسلة» ، فهذا المبدأ لم يكن - في ظنهم - من الشريعة الإسلامية الا نقلاً لمبدأ «المنفعة» المعروف في القانون الروماني (١) .

(١) راجع «فهرس الإسلام» (المرجع السابق) للأستاذ أحمد أمين ، ومؤلف الدكتور صوفي (المرجع السابق) ص ٨ وما يملأها .

الأسباب أو العوامل التي أدت الى قيام ذلك التشابه (أو ذلك التأثير)

على أننا نجد الآخذين بهذا الرأي أى هذا الدليل قد اختلفوا في بيان الطريق الذى حدث عن سبيله ذلك التأثير من ناحية والتأثير من ناحية أخرى ، أو بعبارة أخرى : بيان الأسباب أو العوامل التي أدت الى قيام تشابه بين هذين التشريعين (الاسلامى والرومانى) ونحن نلخصها فيما يلى :

١ - تقليد الحضارة الأدنى للحضارة الأعلى في البلاد التي فتحها العرب :

يقولون أن الشطر الأكبر من تلك البلاد التي كانت توصف بالاقطار العربية الاسلامية في صدر الاسلام انما كانت تخضع من قبل للحكم الرومانى وكان يطبق فيها بناء على ذلك أحكام القانون الرومانى ، ذلك كان شأن الشام (وهي تشمل ما يعرف اليوم باسم سوريا ولبنان وفلسطين والأردن) وشأن كل من العراق ومصر . ويقولون أنه كانت للرومان اذ ذاك حضارة ومدنية بلغت أوج الازدهار ، وكانت تعرف بالحضارة الرومانية الاغريقية (أو البيزنطية) وكان القانون الرومانى (البيزنطى) الذى كان مطبقا في تلك البلاد قد بلغ مرتبة عالية من مراتب النضوج بل والسمو ، وذلك بينما كان الفقه الاسلامى في ذلك الحين لا يزال يجتاز مرحلة التكوين ، وكانت حضارة العرب بوجه عام لا تزال تجتاز مرحلة من المراحل البدائية . وطبعى — كما يقولون — حين يجتمع مثل هذين القانونين أن يتأثر الثانى بالأول (وهو القانون الرومانى) لأنه من الطبيعى أن يتأثر الأضعف بالأقوى والأدنى بالأممى (١) .

٢ - العرف :

ويرى البعض أن ذلك الطريق انما كان طريق العرف الذى كان سائدا في تلك البلاد التي فتحها المسلمون وكانت من قبل

(١) وفي ذلك يقول المستشرق جولدهير Goldziher « أن فقهاء دمشق وبغداد لا يحكمهم بقوانينهم البدائية التي حلوها معهم من الجزيرة العربية مدحجات مجتمعات بلغت شأوا بعيداً في المدنية والحضارة كالمجتمع السورى والمجتمع العراقى ، ولذلك سارعوا الى ابتداء نظام قانونى لمواجهة حاجات هذه المجتمعات الجديدة متخذين في ذلك الوسائل الرومانية » . راجع في ذلك مؤلف الدكتور صوفى ص ١٢ ، وراجع « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للدكتور محمد يوسف موسى (الطبعة الثالثة ١٩٦١) ص ٩٢ ، ٩٣

ولايات رومانية ، ذلك العرف الذى تأثر بالقانون الرومانى وظل قائما فى تلك البلاد بعد أن فتحها المسلمون ، والفقه الاسلامى - كما هو معلوم - يأخذ بالعرف طالما كان غير متعارض مع مبادئ أو أحكام الشريعة الاسلامية (١) .

٣ - بعض فقهاء المسلمين :

ويرى البعض الآخر من أولئك المستشرقين أن ذلك التأثير انما اتخذ سبيله عن طريق بعض فقهاء المسلمين الذين نشأوا فى سوريا وتلقوا تعليمهم فى مدرسة « بيروت » الرومانية (وقد كانت بيروت فى ذلك الحين تعد احدى مدن وموانئ سوريا) ويذكر فى مقدمة أولئك الفقهاء الأتaman الشافعى والاوزاعى (٢) .

٤ - الثقافة اليهودية :

ونجد فريقا آخر من المستشرقين يرى أن قواعد القانون الرومانى قد انتقلت الى الفقه الاسلامى عن طريق الثقافة اليهودية وبخاصة عن طريق التلمود ، وتفسيرا لذلك يقولون أن القانون اليهودى قد تأثر بالقانون الرومانى ، ولما كانت هناك صلات وثيقة بين العرب واليهود الذين كانوا يقيمون بينهم قبل الاسلام (وبخاصة فى سوريا ومصر) فقد أثر القانون اليهودى فى العادات والتقاليد العربية التى كانت سائدة قبل الاسلام ، وبما أن الاسلام قد أقر الكثير من تلك القواعد العرفية فإن الفقه الاسلامى يعد اذاً أنه قد تأثر بالقانون اليهودى ، هذا فضلا عن أن بعض اليهود الذين أسلموا قد ساهموا بعد اسلامهم فى الحركة الثقافية الاسلامية (٣) .

(١) راجع فى ذلك كتاب « فجر الاسلام » (الطبعة السادسة) ص ٩٣ للأستاذ الكبير أحمد أمين الذى تأثر - الى حد ما - بهذا الصدد برأى المستشرقين فنجده يصدد الكلام عن عملية المزج التى حدثت بين المسلمين الفاتحين وبين أهال البلاد التى ضمهوا يقول : « كل هذه العوامل كان لها أثرها فى الامتزاج ، فالعادات الفارسية والعادات الرومانية امتزجت بالعادات العربية وقانون الفرس والتانون الرومانى امتزجا بالاحكام التى أوضحها القرآن والسنة ... ونمط الحكم الفارسى ونمط الحكم الرومانى امتزجا بنمط الحكم العربى ، وبالإجمال كل مرافق الحياة والنظم السياسية والاجتماعية والطبائع العقلية تأثرت تأثرا كبيرا بهذا الامتزاج »

(٢) « المدخل » للدكتور محمد يوسف موسى ص ١٠٦ حيث يذكر على رأس المستشرقين الذين يرون هذا الرأى المستشرق الالماني فون كرىمر .

(٣) ونجد على رأس القائلين بهذا الرأى الفقيه الفرنسى الكبير لامبير Lambert فى مؤلفه Fonction de droit Civil Compare ص ٢٧٩ ، ٢٨٣ وهو يؤيد رأيه بما يوجه من =

٥ - بعض ذوى الثقافة الاغريقية العالية :

ويرى البعض الآخر من المستشرقين أن ذلك التأثير حدث في القرن الثاني للهجرة ، وكان عن طريق بعض من أولئك الذين دخلوا في دين الاسلام وكانوا من ذوى الثقافة الاغريقية العالية ، فالفقه الاسلامي - فيما يظن هذا البعض - بدأ يتكون مع بداية القرن الثاني الهجري أى في فترة كانت فيها أبواب المدينة الاسلامية مفتوحة على مصراعها امام حاملي الثقافات الأجنبية الذين اعتنقوا الاسلام ولم يبدأ علماء الشريعة بالاهتمام بالمسائل القانونية الا في ذلك العهد .

وأخيراً يرى البعض أن ذلك التأثير حدث عن طريق مدرسة الاسكندرية بعد فتح العرب لمصر .

الفرع الثاني

منافسة رأى القائلين بتأثر الشريعة بالقانون الروماني أو بأنه أهم مصادرها

تمهيد - نناقش في هذا المبحث الآراء المختلفة التي عرضها وبخلف المواضيع التي عرض لها أصحاب ذلك الرأى السالف (القائل بتأثر الشريعة... الخ) وأهمها يتلخص فيما يلي :

١ - هل التشابه بين نظامين قانونيين يعد حتماً دليلاً على أن أحدهما تأثر بالآخر ؟

٢ - وإذا اجتمعت حضارتان في بلد واحد، أحدهما أسمى وأعلى من الأخرى ، فهل يؤدي حتماً اجتماعهما الى أن تقلد أدناها أعلاهما ؟

==تشابه بين النظم القانونية العربية التي وجدت قبل الاسلام والنظم اليهودية ، وذلك بوجه خاص بصدد تنظيم الأسرة : اشكال وشروط الزواج ونظام الارث ، ونظام الرق ونظام العقوبات حيث يؤخذ بمبدأ الانتقام الشخصي - راجع مؤلف الأستاذ الدكتور صوفى (المرجع السابق ذكره ص ٢٣ ، ٢٤) - ولا يفوتنا هنا توجيه الانظار الى أن هذه الفقرة (٤) تتصل اتصالاً وثيقاً بالفقرة (٢) الخاصة بالعرف .

أما « التلمود » فهو أحد مصادر القانون اليهودي ، وهو عبارة عن تفسير للتوراة ، وقد كتب هذا الكتاب عدد من أحبار اليهود ، وقد تم وضعه في القرن الخامس بعد الميلاد ، ويشمل السنة الموسوية وكذلك شرحها . وهذا الكتاب يعتبر مرجع اليهود الوحيد في أحكام المبادات والمعاملات راجع في ذلك مؤلف الدكتور صوفى ص ٦٢

٣ - واذا سلمنا بأن الرومان وصلوا الى مستوى من الحضارة أعلى مما وصل اليه العرب في صدر الاسلام ، فهل يترتب على ذلك حتماً أن يكون القانون الروماني في مستوى أعلى مما وصل اليه التشريع الاسلامي ؟ .

٤ - وهل تأثر الفقه الاسلامي حقاً بما نقله اليه بعض فقهاء المسلمين الذين نشأوا في سوريا فتقلدوا معهم القانون الروماني .

٥ - وهل يصح القول بأن فقهاء الشريعة الاسلامية قد اطلعوا على كتب للفقه الروماني ترجمت للعربية في عصر ترجمة التراث الغربي (وعلى وجه الخصوص اليوناني) الى العربية .

٦ - وهل يعد أخذ العرب المسلمين بالعرف الذي كان سائداً في البلاد التي فتحوها (وكانت خاضعة من قبل للرومان) تأثراً من جانب الاسلام بالقانون الروماني .

٧ - وهل يصح القول بأن القانون الروماني انتقل الى الفقه الاسلامي عن طريق الثقافة اليهودية .

٨ - وهل يصح القول بأن ذلك القانون انتقل الى ذلك الفقه عن طريق بعض ذوى الثقافة الاغريقية العالية الذين دخلوا في الاسلام في القرن الثاني الهجري .

٩ - وأخيراً هل يصح القول بأن ذلك القانون انتقل الى الفقه الاسلامي عن طريق مدرسة الاسكندرانية بعد فتح العرب لمصر .

أما وقد انتهينا من عرض رؤوس مواضيع البحث والمناقشة فأنتنا ننقل الآن الى بحث كل منها تفصيلاً .

١ - مسأله التشابه بين نظامي قانونيين :

ليس من صواب الرأي ما يراه البعض من أن قيام تشابه بين نظامين قانونيين في بعض القواعد يدل حتماً على أن أحدهما قد اقتبس من الآخر أو بالأقل قد تأثر به أو أخذ عنه ، إنما يدل ذلك التشابه في كثير من الحالات

على أن كلا من المجتمعين اللذين يطبق فيهما هذا النظام يشابه الآخر من حيث مستوى المدنية والحضارة ، وذلك هو ماقرره بعض كبار المستشرقين أنفسهم اللذين عرضوا لهذا الموضوع (١) .

فاذا كانت الشريعة الاسلامية قد طبقت في كثير من البلاد التي انتزعتها العرب من نير سلطان الرومان فلقد كان طبيعيا اذا أن تتطور القواعد القانونية الاسلامية لتلائم البيئة السياسية والاجتماعية والاقتصادية الجديدة طالما كان ذلك التطور غير متعارض مع الأحكام أو المبادئ العامة للشريعة الاسلامية، وكان طبيعيا أن يعمل الفقهاء المسلمون على استنباط أحكام للمساائل أو المشاكل القانونية الجديدة التي تعرض لهم في المجتمع الجديد، ولم تكن مما عرض لهم من قبل في المجتمع العربي القديم (٢) .

ومن ناحية أخرى فإن التشريعات المختلفة — سواء كانت إلهية أو وضعية انما تهدف عادة الى مراعاة العدالة ، وثمة أمور أو قواعد لا تختلف التشريعات المختلفة في الاقرار بعلتها كقاعدة « البيئة على من ادعى ، واليمين على من أنكر » (٣) .

وفضلا عما تقدم فإنه يجب ألا يفوتنا ملاحظة أن أكثر تلك القواعد المتشابهة بين التشريعين (الاسلامي والروماني) نجدها — رغم قلتها — عبارة عن قواعد جزئية أو أحكام تفصيلية ، لم تكن لترقى الى مرتبة القواعد أو المبادئ العامة ، والتشابه في تلك الجزئيات أو التفصيلات لا يعد — كما

(١) نذكر في مقدمتهم المستشرق الألماني الأستاذ شاخت ، وذلك في محاضرة ألقاها في الأكاديمية الايطالية للعلوم عام ١٩٥٦ بعنوان « القانون البيزنطي والشريعة الاسلامية » ص ٨ وكان ذلك نقلا عن مؤلف الأستاذ الدكتور صوفي (المراجع السابق) ص ١١٩

(٢) « بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني » للدكتور صوفي (المراجع السابق ص ١٢٠) (٣) « فجر الاسلام » الطبعة السابعة ١٩٥٥ ص ٢٤٧ للأستاذ أحمد أمين ، وراجع مؤلف الدكتور صوفي ص ١٢٣ حيث يقول : « ولا أدل على ذلك من أننا نجد بعض القواعد القانونية ترد في عدد كبير من الشرائع رغم عدم تأثرها ببعضها ، فقد نجد قاعدة معينة في القانون الروماني ونجد نفس القاعدة أو ما يشابهها في القانون الهندي أو الانجليزي » .

يشهد أصحاب نظرية تأثير التشريع الاسلامي بالرومان أنفسهم - دليلا على التأثير (١) .

أما المبادئ القانونية العامة أو القواعد الكلية التي تسيطر على الفقه الاسلامي فهي تختلف اختلافا كبيرا عما هي عليه في القانون الروماني (كما سنبين ذلك فيما بعد تفصيلا) .

٢ - مسألة التقليد بين حضارتين مجتمعاه معا

القول بأن الشريعة الاسلامية تأثرت بالقانون الروماني هو أمر طبيعي ونتيجة طبيعية للمبدأ القائل بأنه اذا اجتمعت حضارتان معا في قطر واحد فإن الحضارة الأدنى تتأثر بالحضارة الأعلى ، أى تقتبس منها وتقلدها (٢) هو قول مشكوك في أمر صحته لأن ذلك المبدأ مشكوك في أمر دقته ، والمبدأ الأصح والأدق - فيما يرى البعض - هو ما ذكره في « مقدمته » الشهيرة ابن خلدون ذلك المبدأ القائل بأن الضعيف هو الذى يقلد القوى وأن الأمة المغلوبة هي التي تقلد الأمة الغالبة . ولما كان العرب هم الذين كانت لهم الغلبة على الرومان ، لذلك كان طبيعيا أن يكون التقليد أو الاقتباس من الرومان للعرب المسلمين ، لا من العرب للرومان (٣) .

والواقع أن الفقه الاسلامي قد ترك أثرا واضحا حتى في القوانين الغربية المستمدة من القانون الروماني ، ويتمثل ذلك الأثر بصفة خاصة في نظم القانون التجاري التي كانت سائدة بين سكان شرق البحر الأبيض في العصور الوسطى (وبصفة خاصة العادات والنظم التجارية للجمهوريات الإيطالية في ذلك العهد ، كنظام شركة المضاربة والسفينة) (٤) .

(١) راجع مؤلف الدكتور صوفى ص ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٣٤ .

(٢) فما تجد ملاحظته أن تشريع أية دولة هو أحد مظاهر حضارتها .

(٣) راجع « المدخل لدراسة الفقه الاسلامي » للدكتور محمد يوسف موسى ص ٩٥ . وراجع « مقدمة ابن خلدون » .

(٤) مؤلف الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص ٣ ، ٤ ولزيادة التفصيل راجع رسالته (بالفرنسية) عن « نظرية ضمان المبيع في القانون الروماني والشريعة الاسلامية » طبعت بباريس ١٩٥٣ ص ١

ولقد ذهب بعض المؤرخين الى أبعد من هذا الحد ، اذ قرر أن بعض رجال العلم من الفرنسيين رحل في أوائل القرن الحادى عشر الى الأندلس ونقل من مدارسها الاسلامية ما يلائم بلده (فرنسا) من الفقه الاسلامى (١) وهو قول لا نستطيع أن نجزم بصحته .

٣ - الادعاء بعبء مستوى القانون الرومانى على التشريع الاسلامى (فى اقطام المعامدات)

أن القول بأن القانون الرومانى كان أكثر نضوجا ورقيا من الشريعة الاسلامية هو قول لا يتفق مع الحقيقة وأن كان يتفق مع جهل القائلين به من المستشرقين الغربيين جهلا تاما بأحكام الشريعة الاسلامية لجهلهم اللغة

(١) راجع فى ذلك بحثا لامتاذ سيد عفيفى نشر بمجلة الأزهر بالمجلد الثامن ص ٢٦٤ وقد أشير اليه فى كتاب « المداخل فى التصريف بالفقه الاسلامى » (طبعة ١٩٥٩) للاستاذ الشيخ محمد شلبى حيث ذكر (نقلنا عن ذلك البحث) ص ٢١٥ ما نصه « فى أوائل القرن الحادى عشر رحل بعض الفرنسيين الى الأندلس لتلقى العلم فى مدارسها الاسلامية وفى جملتها الفقه الاسلامى ، وقد كانوا يترجون دروسهم الى لغتهم ، ولما كانت دراسة الحقوق عندهم رديئة والقوانين غامضة فكروا فى نقل ما يلائمهم من الفقه الاسلامى وأقتنوا ملوكهم بذلك ، وأخيرا اتفقوا على ذلك بشرط أن تسمى باسم الشرائع الرومانية أو القانون الملقى ، وأن يعزوه لعلماء الحقوق منهم نتيجة لبحثهم لا أنه أخذ من الفقه الاسلامى كيلا ينظر المسيحيون المتعصبون لدينهم . هذا ماقرره المؤرخ الألمانى موسيم فى تاريخ الكنيسة » .

أن ما رواه هذا المؤرخ لا أستطيع الاطمئنان الى صحته ودقته ، فرغما عن أن فيما ذكره ما يرضى فى نفوسنا الروح القومية والعقيدة الدينية ، إلا أنه لا يرضى فى عقولنا الروح العلمية ، ذلك أنه لم يذكر لنا من كانوا أولئك الفرنسيين الذين رحلوا الى الأندلس ثم عادوا الى فرنسا وقاموا بتلك المهمة ؟ ثم أن تلك المهمة لا يقوم بها الا الفقهاء ، فن هو ذلك الفقيه الفرنسى المعروف أرسحق بن العوف المعروف الذى قام بها ؟ ثم من كانوا ملوك فرنسا الذين حدث معهم ذلك الاتفاق فى ذلك الحين ، وكيف تذكر « ملوك » بصفة الجمع ، ألم يكن فى فرنسا ملك واحد ؟ ثم يقول أن الاتفاق كان على أن تسمى باسم الشرائع الرومانية أو القانون الملقى ، ولم يذكر أيهما تم الاتفاق على أن تكون التسمية به ؟ ثم كيف يكون الخيار بين « الشرائع » للرومانية (أى جميع فروع القانون الرومانى) وبين فرع واحد من القانون وهو القانون الملقى ؟! ثم كيف يمكن أن تحدث مثل هذه المهمة وذلك الاتفاق فى عصر الحروب الصليبية (ذات الصيغة الدينية) بين العرب والبول القريبة التى كانت فرنسا فى مقدمتها ، اذ يجب ألا ننسى أن تلك الفترة المشار اليها « أوائل القرن الحادى عشر » كانت بداية عهد الحروب الصليبية؟!!

العربية ، أو (كما يلاحظ بحق الأستاذ الكبير الدكتور السهوري) لأنهم لم يكونوا من فقهاء القانون . الواقع أن ذلك القول يجافى الحقيقة والواقع حتى في الفترة السابقة على مرحلة نضوج الشريعة في عصر الأئمة في القرن الثاني والثالث الهجريين . وبياننا لما تقدم ندلى بما يلي :

(أولاً) أن القانون الروماني يفصل - كفاعدة عامة - بين القواعد القانونية والقواعد الاخلاقية (١) ، وذلك لأن هذا القانون يأخذ بالمذهب الفردي (الذي لا يسمح للدولة بالتدخل في ميدان النشاط الفردي إلا في أضيق نطاق) . واليكيم بعض الأمثلة :

(١) أن اساءة استعمال الحق لم تكن تعد - في نظر القانون الروماني - فعلاً غير مشروع ، فكان من الأمور المسلم بها مثلاً أن للجار أن يبنى في أرضه مبنى عالياً وان بلغ علوه حداً من شأنه أن يججب الضوء عن جاره ، أو أن يخفر في أرضه مجرى يحول عن جاره نبع الماء .

(ب) أن القانون الروماني لا يعرف واجب مساعدة الغير .

(ج) كما أنه لا يعمل على حاية الطرف الضعيف في العقد (٢) .

أما الشريعة الإسلامية فهي في مقدمة الشرائع التي لا تقم حدوداً فاصلة بين القاعدة القانونية والقاعدة الاخلاقية ، وكان من ذلك أننا نشهد قيام كثير من النظريات القانونية الاسلامية لا نشهد لها نظيراً في القانون الروماني ، نذكر في مقدمة تلك النظريات :

(١) اللهم الا في بعض حالات قليلة استثنائية نجد القانون الروماني لا يجرى ذلك الفصل ، مثل الدعوى الخاصة بالأثرأء بلا سبب ، وفرض جزاء على الشخص الذي يكد نفسه أمام القضاء راجع مؤلف الدكتور صوفي (المرجع السابق ص ١٢٨) .

(٢) ذلك هو ما ذكره الفقيه الفرنسي الكبير Ripert في مؤلفه La règle motale dans les Obligations Civiles (الطبعة الرابعة . باريس ١٩٤٩) ، وكان ذلك نقلاً عن مؤلف الدكتور صوفي ص ١٢٨

(أ) نظرية « أساء استعمال الحق » التي بدأت أغلبية التشريعات الحديثة تأخذ بها في هذا العصر (١) .

(ب) ونذكر كذلك نظرية الضرورة ، التي يعبر عنها فقهاء الشريعة بقولهم : « الضرورات تبيح المحظورات » .

(ج) وأخيراً نشير الى تلك النزعة التي تسود التشريع الاسلامي وتهدف الى حماية الضعيف من أن يتحكم فيه القوى في الميدان الاقتصادي اذ نجد هذا التشريع يحرم الاحتكار والربا كما يحرم الأثراء على حساب الغير ، وذلك بخلاف القانون الروماني الذي تسيطر عليه النزعة الفردية .

ويجدر بنا في مقام الختام لهذه النبذة أن نشير الى حلة النقد الشديدة التي قامت في هذه السنوات الأخيرة ضد النظرية التقليدية التي سادت التشريعات الوضعية الحديثة ، وهي التي تحدد نطاقا خاصا لكل من القانون والاخلاق وتفصل بينهما فصلا تاما (٢) .

(ثانياً) مبدأ سلطان الارادة : وهذا مظهر ثان من مظاهر سمو الشريعة الاسلامية (حتى في مرحلة نشأتها) على القانون الروماني (حتى في مرحلة نضوجه واكتماله) : فلقد كان القانون الروماني — طيلة مراحل تطوره — لا يعرف مبدأ سلطان الارادة ، بل ولم تعرفه الشرائع الغربية

(١) ويرتب على هذه النظرية أنه ليس للجار أن يستعمل سقته بحيث يترتب على هذا الاستعمال حدوث ضرر فاضح لجاره ، فلا يجوز له مثلا تمليه حائطه اذا كان يترتب على ذلك حجب الضوء من جاره ولا فتح مطلات على جاره اذا كان يؤذي هذا الجار (المواد ٥٧ - ٧١ من « مرشد الخيران » للمرحوم قدرى باشا) راجع مؤلف الدكتور صوفي ص ١٣٠

(٢) ولقد كان الفقيه الفرنسي الكبير Ripert في مقدمة من تزعموا تلك الحيلة ، وفي مؤلفه (السابق ذكره) يجده يقول : « أنه لا يوجد في الواقع اختلاف ما بين القاعدة القانونية والقاعدة الاخلاقية لا من حيث طبيعتهما ولا من حيث الغرض الذي ترميان اليه ، ذلك أن القانون يجب أن يحقق العدالة بين الناس ، وفكرة العدالة هي فكرة اخلاقية » راجع فيما تقدم مؤلف الدكتور

صوفي ص ١٢٧ ، ١٢٢ ، ١٢٣

اللهم الا في العصور الوسطى تحت تأثير تعاليم الكنيسة المسيحية ، بينما نجد
كان معروفا في الشريعة الاسلامية منذ نشأتها ، أى قبل ذلك ببضعة قرون .

فالشريعة الاسلامية—خلافًا للقانون الرومانى—هى فى جوهرها مجردة من
الشكليات قائمة على البساطة فى التعامل وعلى بنية الطرفين فى التعاقد ، فلا
تتطلب لانتمام العقد صبغة رسمية ، ولا وضعًا خاصًا من الأوضاع من انتقال
الملكية ، وانما يلتزم المدين بعهدته وتنقل الملكية بناء على مجرد الاتفاق
أى المجرد من اجراء معين من الاجراءات أو شكل معين من الاشكال .
فالرضا وحده كاف لنشأة الالتزام التعاقدى فى نظر الشريعة (١) .

(ثالثاً) لقد امتاز فقهاء الشريعة على فقهاء الرومان بل امتازوا
على فقهاء العالم — كما يقرر الأستاذ الدكتور السهورى — باستخلاص أصول
استنباط الأحكام من مصادرها ، وهذا ما سموه بعلم أصول الفقه (٢) .

(رابعاً) أن القانون الرومانى لا يقر للمرأة بذلك المركز الممتاز
الذى تتمتع به فى ظلال الشريعة الاسلامية التى قررت للمرأة استقلالها
بالتصرف فى أموالها ، وقررت لها من الحقوق بمقدار ما فرض عليها من
واجبات ، فقد قال تعالى : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال

(١) ويلاحظ أن مبدأ سلطان الإدارة هو مبدأ عام التطبيق فى الشريعة الاسلامية اللهم الا اذا
استثنينا ذلك الخلاف الذى نشب بين الفقهاء بصدد صيغة عقد الزواج وبصدد « الفعل » الذى
يستعمله المتعاقدان فى التعبير عن اراضيتهما : هل يجب أن يصدر فى صيغة الماضى أم يصح صوره
فى صيغة المستقبل ، وهل يباح استعمال صيغة المضارع ، وفيما هذا ذلك نجد الشريعة تبتعد عن الشكليات
فالمتن يلتزم برضاها المجرد عن الشكليات ، والملكية تنتقل فور انعقاد العقد كما بينا . ويرجع
ذلك الى أن قواعد الشريعة تقوم— كما قلنا — على مبادئ عقلية ، ونشأتها فى ذلك شأن القانون الكنسى .

راجع فى تفصيل ذلك : « مصادر الحق فى الفقه الإسلامى » للأستاذ الدكتور السهورى ص ٨٠
و « النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية » للأستاذ الدكتور شفيق شحاته ص ٢٠١
ومؤلف الأستاذ الدكتور صوفى ص ١٥٨ - ١٦١ حيث أشار الى هذين المراجعين .

(٢) راجع « أصول القانون » للأستاذين الدكتور السهورى ، والدكتور حشمت أبو ستيت

صفحة ١٢٢

عليين درجة » ، وكان ذلك في حين يفرض القانون الروماني على المرأة واجبات دون أن يقرولها حقوقاً (١) .

(خامساً) تمتاز الشريعة على القانون الروماني في أنها قامت على العدالة ، فهي لا تعرف نظاماً شبيهاً بذلك النظام الروماني الاستبدادي الذي يقرر لرب الأسرة حقوقاً تمتد حتى تشمل أموال أسرته وأشخاصهم . ولقد كان للأب الروماني (في العصر القديم) سلطة مطلقة على أولاده فكان له أن يبيعهم باعتبارهم أرقاء ، كما كان للدائن أن يبيع مدينه المعسر ، ولكن مع مراعاة شرط واحد فحسب هو أن يتم البيع خارج روما !! (٢) .

(سادساً) وأخيراً تمتاز الشريعة على القانون الروماني في أنها قامت على أساس المساواة بين الأفراد أمام القانون فهي — عكس القانون الروماني — لا تميز بين الأفراد بسبب الأصل أو الطبقة التي ينتسب الفرد اليها فكان القانون الروماني مثلاً يشدد عقوبة الرجل الوضع أي الذي ينتسب الى الطبقة الدنيا ، في حين يخفف عقوبة الرجل الذي ينتسب للطبقة العليا اذا ارتكباً جرماً واحداً (٣) .

(١) راجع « الفقه الاسلامي والقانون الروماني » للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ص ٦٨ — ٧٨ « وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية » ص ٢١٥ للأستاذ الدكتور صوفي حسن أبي طالب .

(٢) راجع « المدخل لدراسة الفقه الاسلامي » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ١٠٢ ، و« القانون الروماني » طبعة ١٩٤٩ ص ١١ للأستاذين الدكتور عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم البهراوي .

(٣) راجع مدونة جستنيان ترجمة المرحوم الأستاذ الكبير عبد العزيز فهمي (باشاً) ص ٣١٧ حيث ورد فيها أن « من استهوى أرملة مستقيمة أو عذراء فعقوبته أن كان من بيئة كريمة مصادرة نصف ماله ، وأن كان من بيئة ذميمة فعقوبته الجلد والنفي من الأرض » — وراجع فيما تقدم « المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي » ص ٢١٢ للأستاذ الشيخ ثلبي ، ومؤلف الأستاذ الشيخ أبي زهرة (المرجع السابق) ص ١٣ — ١٥

٤ - مسألة اطلاع فقهاء الشريعة على الفقه الرومانى (لنشأتهم فى سوريا) .

القول بأن بعض الأئمة من المسلمين - وفى مقدمتهم الامامان الشافعى والأوزاعى - نشأوا فى سوريا ولذلك كان لهم علم أو المام بالقانون الرومانى هو قول وإن مال اليه وصدقه بعض المستشرقين فقد مال عنه وكذبه كافة المؤرخين .

فالامام الشافعى قد ولد فى غزة بفلسطين ثم انتقل فى سن جد مبكرة الى مكة حيث نشأ فيها ، ثم كانت له رحلات الى بغداد والى القاهرة ، ولم يذكر لنا التاريخ أنه رحل الى سوريا حيث تعلم ببيروت بمدرستها الرومانية القانون كما يدعون (١) .

وإذا نحن استثنينا الامام الاوزاعى فإن التاريخ لا يذكر لنا أن أحدا من كبار الفقهاء فى عهد الخلفاء الراشدين أو الأمويين والعباسيين أقام فى سوريا التى كانت تسود بها دراسة القانون الرومانى (كما يدعون) ، وإنما نجد بعضهم كانت اقامته بالمدينة والكوفة ثم بعد ذلك انتقل الى بغداد ، ذلك كان شأن الامام أبى حنيفة وأصحابه والامام ابن حنبل ، أما الامام الشافعى فقد انتقل من الحجاز الى بغداد ثم القاهرة ولم يحدثنا التاريخ أن أحدا من فقهاء الشريعة الاسلامية تعلم على يد معلم أجنبى فتعلم منه القانون الرومانى ، ولم نجد أحدا منهم أشار فى مناظراته ومجادلاته أو فى مؤلفاته ولو مجرد اشارة فى وجيز من العبارة الى أحد نصوص أو مبادئ القانون الرومانى ، على سبيل القياس أو على سبيل التأييد أو التفنيد. ولو أن فقها مسلما واحدا تأثر

(١) كان فى بيروت موطن أكبر مدرسة رومانية فى الشام - راجع فيما تقدم « فجر الاسلام » الطبعة السابعة ١٩٥٥ ص ٢٤٧ للأستاذ أحمد أمين ، و « المبدل » للأستاذ الشيخ شلبى (المرجع السابق) ص ٢١١ .

ويجد بنا هنا أن نشير الى أن الامام الشافعى توفى عام ٢٠٤ هـ أما الإمام أبو عمر بن عبد الرحمن الأوزامى فقد توفى عام ١٥٧ هـ

بالقانون الروماني لكان الامام الاوزاعي الذي عاش في بيروت موطن أكبر مدرسة رومانية في الشام وكان أكبر فقهاءها ، ولكن فقهه - فيما تبين - كان يقوم على الكتاب والسنة حتى أن العلماء عدوه في عداد أئمة مدرسة أهل الحديث وهي أبعد مظنة من التأثر بالقانون الروماني (١) .

٥ - الادعاء بتأثر الفقه الاسلامي بالقانون الروماني في عصر ترجمة التراث الغربي .

أنه مما يذكر ولا يصح أن ينكر أن الحضارة العربية قد تعاون في بنائها - إلى جانب العقل العربي الاسلامي - العقل اليوناني والروماني وكذلك الفارسي ، ولقد كان في مقدمة العوامل التي عملت على نهضة الحركة العربية ترجمة العلوم والفلسفة اليونانية الى اللغة العربية ، فضلا عما نقل الى العربية من تراث فارس والروم . أما الادعاء بأنه كان من أثر ما تقدم أن تأثر الفقه الاسلامي بالقانون الروماني فهو ادعاء يمكن الرد عليه بما يلي :

(أولاً) عصر الترجمة قد بدأ في عهد الأمويين ثم ازدهر ازدهاراً كبيراً في عهد الدولة العباسية وعلى وجه الخصوص في عهد الخليفة (العباسي) المأمون (٢) .

(١) « فجر الاسلام » (المراجع السابق) للأستاذ أحمد أمين حيث يقول (ص ٢٤٧) « لم نثر على أحد من الأئمة المشرعين أشار أية إشارة الى القانون الروماني على سبيل النقد أو التأييد أو الانتقاس وقد كان أول الناس بالتأثر بالقانون الروماني الأوزاعي فقد عاش في بيروت ... وكان أكبر فقيه فيها ، وقد التفت بعض المستشرقين الى ذلك وقالوا : « أن من دواشي الأسف أن ملهبه اندثر ولو عرفنا عليه لوجدنا فيه أثراً كبيراً للقانون الروماني » ، ويظهر لنا أنه قول غير وجيه فقد عثرت على جملة صالحة من مذهبه في الجزء السابع من كتاب الأم (للامام الشافعي) ، ودلتني قراءتها على أن من الانتصاف أن يعد الأوزاعي من مدرسة الحديث لا من مدرسة الرأي عكس ما يقول جولنزيهر ، ومدرسة الحديث أبعد مظنة من التأثر بالقانون الروماني » ذلك هو ما ذكره الأستاذ أحمد أمين .

(٢) يلاحظ أن عصر الخلفاء الأمويين يبدأ بمعاوية عام ٤١ هـ (٦٦١ ميلادية) وينتهي بمرwan الثاني عام ١٣٢ هـ (٧٥٠م) أما عصر الخلفاء العباسيين فيبدأ بأبي العباس السفاح عام ١٣٢ هـ (٧٥٠م) وينتهي بهزيمة العباسيين أمام التتار عام ٦٥٦ هـ (١٢٥٨م) في عهد الخليفة المستنصر أي أن الدولة العباسية حكمت نحو خمسة قرون ، أما الخليفة المأمون فقد كان عهد خلافته من عام ١٩٨ هـ (٨١٣) الى عام ٢١٨ هـ (٨٣٣م) - راجع كتاب « النظم الاسلامية » للأستاذين الدكتور حسن ابراهيم حسن (أستاذ التاريخ الاسلامي بجامعة القاهرة ومدير جامعة أسيوط سابقاً) والدكتور علي ابراهيم حسن الطبعة الأولى ١٩٣٩ ص ٤٨ ، ٥٨ ، ٦٠ .

وفى ذلك العهد لم يكن الفقه الاسلامى فى دور التكوين حتى يصح القول
بتأثره بحركة الترجمة بل أنه كان قد أتم مرحلة التكوين منذ النصف الأول
القرن الهجرى (أى فى أواخر القرن السابع الميلادى) .

(ثانياً) أن حركة الترجمة فى ذلك العهد (الأموى أو العباسى) لم تتناول
شيئاً من كتب القانون الرومانى ، فن الحقائق الثابتة من الناحية التاريخية
أن أول كتاب ترجم الى العربية من كتب القانون الرومانى إنما حدث بعد
عصر حركة الترجمة بعدة قرون ، اذ كان هو الكتاب المعروف باسم الكتاب
السورى الرومانى عام ١١٠٠ ميلادية (١) .

فالواقع أن حركة الترجمة (فى العهد الأموى والعباسى) إنما كانت موجهة
الى الأدب والمنطق والفلسفة والطب والهندسة الخ . ولكنها لم تنجح الى
القانون (٢) .

(ثالثاً): لم يعرف عن أحد من فقهاء المسلمين أنه كان بيده كتاب مترجم
من كتب القانون الرومانى ، ونجد من المستشرقين من يقرب هذه الحقيقة (٣) .

والواقع أن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يحسوا الحاجة الى الأخذ عن
غيرهم ، فلقد كان لديهم من كتاب الله وسنة رسوله ومن التراث الفقهى
للصحاباة والتابعين ما جعلهم فى غنى عن الاستعانة بغيرهم (٤) .

(١) ثم تلاء كتاب فى القانون الرومانى للإمبراطور بازيل يسمى Prochiton ترجم من
الاغريقية الى العربية فى القرن الثالث عشر - راجع مؤلف الدكتور صوفى ص ٨٤ ، ٩١
ويجدر بنا هنا أن نذكر أنه قد حدث فى أوائل الربع الثانى من هذا القرن العشرين أن قام فى مصر
الفقيه الكبير الأستاذ عبد العزيز فهمى بإشاد بترجمة ملوقة جسيمة .

(٢) « فجر الاسلام » للأستاذ أحمد أمين ص ١٢٨ وما بعدها .

(٣) ذلك هو ما أقر به المستشرق الألمانى شلخت (فى محاضراته التى طبقت الاشارة إليها ص ٧-٤)
راجع فى ذلك مؤلف الدكتور صوفى ص ٩١

(٤) « المدخل لدراسة الفقه الاسلامى » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ٩٦ .

٦ - مسألة اقرار الاسلام للعرف

القول بأن الاسلام أقر بعض ما كان عند العرب من عرف أو عادات ، وأن بعضها مستمد من القانون الروماني ، أن هذا القول ان صح فإنه لا يصح أن يتخذ - كما يقولون - سنادا للرأى القائل بتأثر الشريعة بالقانون الروماني ، فالاسلام لم يأت للهدم بل للبناء ، ولذلك أقر ما كان صالحا مما كان سائدا من عرف أو عادات (١) ، ونضيف الى ما تقدم أن الاسلام - كما هو معلوم - أقر بعض العادات التي كانت معروفة لدى العرب في الجاهلية ، ومن الأمور البديهية أن ذلك لا يصلح دليلا على أن الاسلام قد تأثر بالعصر الجاهلي في حين أن الاسلام انما كان حربا على المبادئ والعقائد السائدة في ذلك العصر (٢) .

ومع ذلك فإنه لم يثبت أن العادات أو الأعراف العربية التي احتضنها الفقه الاسلامي كانت قد تأثرت بالقانون الروماني ، وذلك هو ما أقر به المستشرق الالماني شاخ (٣) .

٧ - الادعاء بالتأثر بالقانون الروماني عن طريق الثقافة اليهودية

أن الادعاء بأن القانون الروماني قد أثر في الشريعة الاسلامية عن هذا الطريق هو مما لا يمكن قبوله الا اذا ثبت أمران : (الأول) أن القانون الروماني قد أثر في القانون اليهودي ، و(الثاني) أن يثبت أن القانون اليهودي قد أثر بدوره في الفقه الاسلامي . وهما أمران لم يثبت أحد من المستشرقين أحدهما ، بل الذي ثبت هو عكسهما :

(فأولا) أن من الأمور الثابتة أن القانون الروماني - بعد القرن الثالث الميلادي هو الذي تأثر بالقانون اليهود (٤) .

(١) «المخل في التعريف بالفقه الاسلامي» (المراجع السابق ذكره) للأستاذ الشيخ شبلي ص ٢١٢

(٢) بعبارة أخرى نريد أن نقول أنه لا يصح القول أن تشريع بلد من البلاد تأثر بتشريع بلد آخر الا اذا كان قد نقل عن ذلك التشريع الآخر بعضا من المبادئ أو الأحكام التي اختلفت بها ذلك التشريع الآخر .

(٣) ، (٤) صوفى (المراجع السابق) ص ٩٢ ، ٩٣

(ثانيا) اذا كان مما لا يمكن انكاره أن الثقافة اليهودية قد أثرت الى حد ما في الثقافة الاسلامية في ميدان الأدب والفلسفة والعلوم وغير ذلك من ميادين النشاط الفكري (١) ، الا أن تلك الثقافة اليهودية لم تكن ذات أثر في الفقه ، فالتاريخ لا يذكر لنا اسم واحد من فقهاء الشريعة الاسلامية كان من أصل يهودي (٢) .

أما ما ذكره البعض من وجود تشابه بين بعض الأنظمة القانونية الاسلامية وما يقابلها عند اليهود ، ويوجه خاص نظام الأسرة (٣) فهو رأى لا يستند على أساس من الواقع ، فالواقع أن ثمة اختلافا كبيرا بين المبادئ القانونية العامة التي تسيطر على كلا التشريعين (الاسلامي واليهودي) ، ففما يتعلق مثلا بالزواج فأنتا نجد في الشريعة الاسلامية بمجرد الاتفاق من الطرفين دون اشتراط اجراء آخر من الاجراءات الشكلية بخلاف الحال لدى اليهود حيث يشترط أن يكون العقد كتابة كما يشترط النطق بعبارات

(١) « بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني » (المراجع السابق) للأستاذ الدكتور صوفى ص ٦٤ ، وراجع « فجر الاسلام » (المراجع السابق) للأستاذ أحمد أمين ص ٢٤ حيث يقول « نشر اليهود في البلاد التي زلواها في جزيرة العرب تعاليم التوراة وما جاء فيها : من تاريخ خلق الدنيا ومن بحث وحساب وميزان ، ونشروا تفاسير المفسرين للتوراة وما أحاط بها من أساطير وغرافات كالتى أدخلها - بعد من أسلم من اليهود مثل كعب الأحبار ووهب بن منبه وأضرابهما . وكذلك كان لليهود أثر كبير في اللغة العربية فقد أدخلوا عليها كلمات كثيرة لم يكن يعرفها العرب ومصطلحات دينية لم يكن لها علم ، مثل جهنم والشيطان وأبليس . »

(٢) أن التاريخ يذكر لنا أسماء ثلاثة من أبرز اليهود الذين أسلموا وساهموا في الحركة الثقافية والعلمية الاسلامية : وهم عبد الله بن سلام (المتوفى عام ٤٠ هـ) وكعب الأحبار الذى أسلم في عهد الخليفة أبي بكر (أو ربما في عهد عمر) وما سرجويه في عهد خلافة الأسويين ، أما الأول والثاني فقد كان اهتمامهما موجها الى المسائل الدينية ورواية الحديث فحسب وقد كان ينتظر الى ما يرويه من الأحاديث نظرة ارتياح لما عرف عنهما من وضع للأحاديث غير الصحيحة ، أما الثالث فقد كان نشا في الحركة بعيدا عن دائرة القانون لأنه كان طبيا - راجع في ذلك « فجر الاسلام » (الطبعة السادسة) ص ١٥٠ ، ١٦١ - ١٦٣ ، ومؤلف الدكتور صوفى (المراجع السابق) ص ٦٤ - ٦٦

(٣) راجع المامش رقم ٣ ص ١٢١ من بحثنا هذا حيث أشرنا الى رأى الأستاذ لاميير . وقد رأينا أن نكتفى هنا بمناقشة رأيه بصدد نظام الأسرة (الزواج والطلاق) .

معينة باللغة العربية واقامة صلاة دينية بحضورها عدد معين من الرجال (١٠ على الأقل) الخ ، كما أنهم يبيعون التعدد في الزوجات دون مراعاة شروط خاصة أهمها اقتصار التعدد على أربع زوجات وغير ذلك مما يشترط في الشريعة الاسلامية ، ثم أن القانون اليهودي يحدد أهلية المرأة المتزوجة وملكيها لأموالها بعد الزواج بخلاف الشريعة الاسلامية إذ أنها تعترف للمرأة المتزوجة بأهليتها كاملة وتبيع لها التصرف في أموالها دون حاجة الى اذن زوجها . والطلاق يقوم كذلك على أسس مختلفة في هاتين الشريعتين ، فالطلاق يقع في الشريعة الاسلامية دون اشتراط اجراءات شكلية خاصة ، وللزوجة طلب الطلاق في حالات خاصة وبشروط معينة ، وذلك بخلاف الحال في القانون اليهودي حيث تشترط للطلاق اجراءات شكلية خاصة بمائلة لاجراءات الزواج وليس للمرأة اليهودية حق طلب الطلاق لأي سبب ما حتى في حالة ثبوت الزنا على الزوج (١) .

ويجدر بنا أخيراً أن نذكر أن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يكن باستطاعتهم الاطلاع على القانون اليهودي اذ كان كل من التوراة والتلمود مكتوباً بلغة غير عربية ، ومعلوم مدى جهل العرب باللغات الاجنبية (٢) .

٨ - الادعاء بالتأثر بالقانون الروماني عن طريق ذوى الثقافة الاغريقية العالية في القرن الثاني الهجري .

هذا الادعاء يقوم - كما قدمنا - على أساس الاعتقاد بأن الفقه الاسلامي إنما بدأ تكوينه وأن علماء الشريعة لم يبدأ اهتمامهم بالمسائل القانونية الا في هذا القرن الثاني الهجري الذي دخل فيه في الاسلام بعض ذوى الثقافات الاغريقية العالية (وكان القانون الروماني من عناصر تلك الثقافة التي حملوها معهم حين اعتنقوا الاسلام) .

(١) ، (٢) راجع - مؤلف الدكتور صوفى (المراجع السابق) ص ٦٦ - ٦٩ ولزيادة التفصيل (ولورد على جميع ما ذكره الأستاذ لابين) راجع ص ٧٠ - ٧٦ من المرجع السالف الذكر .

صحيح أن أئمة المذاهب الاربعة انما عرفت مذاهبهم في القرن الثاني الهجري (وقد امتدت حياة الامام ابن حنبل حتى منتصف القرن الثالث) ولكن التراث الفقهي من قبلهم كان تراثا ضخما وكبيرا حقا (١) .

وصحيح أن حركة التأليف والتدوين للفقهاء الاسلامي ووضع المصطلحات القانونية وقواعد الاستنباط التي يسير عليها الفقيه ، (أى علم أصول الفقه) لم توجد الا في هذا القرن الثاني الهجري (٢) .

ولكن اذا كان هذا صحيحا فليس بالصحيح أن يفهم من ذلك أن علماء الشريعة لم يبدأ اهتمامهم بالمسائل القانونية الا في ذلك القرن فلقد كان التراث الفقهي الذى خلفه الصحابة والتابعون - كما قدمنا - ضخما وكبيرا ، ولقد اعتمد أئمة المذاهب الاربعة فيما بعد على هذا التراث واتخذوه أساسا لما ألفوه من كتب فقهية ، ولقد كان ذلك التراث الفقهي من الوفرة والدقة بحيث أمكن القول بأن مضمون الفقه الاسلامي قد تحدد من الوجهة

(١) راجع في ذلك بحثا للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى بعنوان « فقه الصحابة والتابعين » (نشره معهد الدراسات العربية العالية بجامعة الدول العربية عام ١٩٥٤) وراجع كتابه « المدخل لدراسة الفقه الاسلامي » ص ١٠٨ حيث يقول : « الواقع أن تجديد الفقه الاسلامي انما ينسب الى زيد بن ثابت وأبي موسى وابن مسعود والخليفة عمر وعلى ، وكلهم صحابي للرسول في أثناء الخلافة الراشدة أى في الثلاثين سنة التالية لوفاة الرسول » .

(٢) ويرجع ذلك كما يقول ابن خلدون (في « مقدمته » ص ٤٥١ - ٤٥٢) الى أنه لم تكن بالرب في القرن الأول حاجة الى شيء من ذلك كله « فالاحكام الشرعية (كما يقول) التي هي أوامر الله ونواهيه كان الرجال ينقلونها في صنورهم وقد حرفوا ما أخذها من الكتاب والسنة بما تلقوا من صاحب الشرع وأصحابه ، والقوم يوشع حرب لم يعرفوا أمر التعليم والتأليف والتدوين ولا دفعوا اليه ولا دعتهم اليه حاجة ، وقد جرى الأمر على ذلك في عهد الصحابة والتابعين . ولم يكن فقهاء المسلمين بحاجة الى علم أصول الفقه - كما يقول ابن خلدون - لأن استفادة المعاني من الألفاظ لا يحتاج فيه الى أكثر مما كان عنتم من الملكة الفوقية ، فلم يحس المسلمون بالحاجة الى وضع قواعد محددة لاستنباط الأحكام الا بعد أن مضى عهد ذلك السلف الصالح وهدت الملكة الفوقية حل أثر اتصال العرب بالأجانب (ابن خلدون غنى ٣٥٩) - راجع فيما تقدم مؤلف الدكتور صوفي (المرجع السابق) ص ٩٤ ، ٩٥ .

الموضوعية منذ النصف الأول من القرن الهجرى الأول : الأمر الذى أدى بقواعد التشريع الاسلامى أن تكون بمنأى عن التأثير بتشريع أجنبي (١) .

أما القول بأن الأفكار البيزنطية (الآغريقية) قد انتقلت وانتقل معها القانون الرومانى فى ذلك القرن الثانى عن طريق الاشخاص المثقفين ثقافة آغريقية رومانية عالية بعد اعتناقهم الاسلام فهو كذلك ادعاء لا يقوم على أساس صحيح :

(أولاً) لأنه لم يكن بين هؤلاء الأشخاص ذوى الثقافة العالية الذين اعتنقوا الاسلام أحد من رجال الفقه ، انما كانت ثقافتهم قائمة الفلسفة والمنطق .

(ثانياً) لأنه لم يكن بين المجتهدين المسلمين (وهم رجال الافتاء وأصحاب سلطة التشريع بعد الرسول) أحد من أولئك الأشخاص .

(ثالثاً) لأن للفقهاء البيزنطيين طريقة خاصة فى البحث ومعالجة الشئون القانونية تحالف طريقة الفقهاء المسلمين : فالفقهاء البيزنطيون كانت عقليتهم ذات طابع نظرى بمنأى عن مجرى الحياة وأحداثها اليومية فكانت عنايتهم تتجه الى وضع النظريات والمبادئ العامة ، أما الفقهاء المسلمون — وبوجه خاص فقهاء القرنين الأول والثانى للهجرة — فقد كانت عنايتهم تتجه بالعكس الى بحث الحالات الفردية والمشاكل والأحداث اليومية واستنباط الحلول الفقهية لها ، وذلك دون أن يعنوا باستنباط النظريات والمبادئ العامة (٢) .

٩ — الادعاء بالتأثير بالقانون الرومانى عن طريق مدرسة الاسكندرية

كانت مدرسة الاسكندرية — كما هو معلوم — مركزاً لنشر الثقافة الأدبية والفلسفة ، كما كانت مركزاً قانونياً هاماً فى الشرق . على أن ذلك لا يصلح

(١) راجع بحث « فقه الصحابة والتابعين » (المرجع السابق) للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ، و الدكتور صوفى (المرجع السابق) ص ٩٦

(٢) راجع فيما تقدم مؤلف الدكتور صوفى ص ٩٨ ، ٩٩ ، ١٠٤ .

سنادا للدعاء بأن الفقه الاسلامي قد تأثر - بعد فتح العرب لمصر - بالقانون الروماني عن طريق معهد القانون الذي كان قائما بالاسكندرية ، وذلك لأن من الحقائق التاريخية الثابتة أن هذا المعهد كان قد قرر الغاؤه في عهد الامبراطور جستنيان عام ٥٣٣ م. أى قبل ظهور الاسلام ، وبالتالي قبل فتح العرب لمصر بقرن ونصف من الزمان (فقد كان سقوط الاسكندرية في أيدي العرب عام ٦٤١ م) (١) .

الفرع الثالث

الرأى الثانى القائل باستمول الشريعة الاسمية عن القانون الروماني

تمهيد - ناقشنا - فيما قدما - الأدلة التى استند اليها القائلون بتأثر الشريعة بالقانون الروماني ، ولقد بينا بصورة لا سبيل للريب فيها ألا سبيل للاخذ بتلك الأدلة . ولقد كان فى ثنايا بعض ما أوردنا من البيانات والبيانات بعض من الحجج التى تثبت استقلال الشريعة وفقهاها عن القانون الروماني (٢) .

وعلىنا الآن أن نؤيد ونؤكد هذا الاستقلال ببعض آخر من الحجج نقدمها فيما يلى :

(١) ويلاحظ كذلك أن مكتبة الاسكندرية الشهيرة التى أنشئت فى عهد حكم البطالسة (أو البطلمة) كانت قد أحرققت قبل دخول العرب لمصر بزمان طويل كما أثبت ذلك المؤرخ البريطاني الكبير بطلر (فى كتابه : « فتح العرب لمصر ترجمة الأستاذ محمد فريد أبى حديد طبعة ١٩٣٣ ص ٣٤٨ - ٣٧٠) .

راجع فيما تقدم (بصدد مدرسة الاسكندرية ومكتبتها) مؤلف الدكتور صوفى ص ٥٦ - ٦٠
(٢) بدأت النظرية القائلة باستقلال الشريعة (عن القانون الروماني) فى الظهور منذ الربع الأول لهذا القرن العشرين ، ولقد حل لواء هذه النظرية عدد غير قليل من فقهاء الشرقيين (وبخاصة من المصريين) وقليل من المستشرقين والفقهاء الغربيين اللذين كانت لهم دراية باللغة العربية . راجع مؤلف الدكتور صوفى ص ٨ ، ٩

أولاً استقلال الشريعة

(أولاً) - استقلال الشريعة من حيث نشأتها وتطورها : لقد بدأت الشريعة الإسلامية كتاباً منزلاً من عند الله ، أما القانون الروماني فقد بدأ عادات ، فصادر الشريعة بل وطرق تفسير قواعدها تختلف عن مثيلها عند الرومان (١) .

(ثانياً) - الاختلاف في اللغة الفقهية : مما يلاحظ (كما يقول الأستاذ فترجيرالد Fitz Gerald أنه حين يعمد شعب الى استعارة فكرة من شعب آخر فأنتا نجد عادة يعمد في الوقت ذاته الى أن يستعير كذلك المظهر الذي عرفت به تلك الفكرة كذلك ، ولهذا نرى كلمات ومصطلحات غير قليلة تدل على نظم وأفكار خاصة ، دخلت من أجل ذلك من اللغة الاغريقية في القانون الروماني ، أما في التشريع الاسلامي فنحن لا نكاد نجد كلمة واحدة استعملت من اللاتينية أو الاغريقية اللهم الا كلمة «قانون» ومع ذلك فأنتا تستعمل بمعنى مختلف عن المعنى الذي تستعمل به في اللاتينية حيث تدل على تنظيم الادارة أكثر من دلالتها على التشريع (٢) .

(١) « أصول الثانون » للأستاذين الدكتور السهوري والدكتور حشمت أبوستيت ص ١٢٢ وفي هذا الصدد يقول الفقيه الفرنسي زيس Zeys (في مؤلفه : *Traité élémentaire de droit musulman*, Alger 1885 P IX « اني أحس حيناً أقرأ في كتب الفقه الاسلامي اني قد نسيت كل ما أعرشه عن القانون الروماني ... وأصبحت أعتقد أن الصلة قد انقطعت بينهما ... فبينما يعتمد قانوننا على العقل البشري تقوم الشريعة على الوحي الالهي ، فكيف يتصور التوفيق بين قانونين وصلا الى مثل هذه الدرجة من الاختلاف » - راجع فيما تقدم مؤلف الدكتور صوفي ص ١٠٩

(٢) تلك كانت - كما يرى - حجة قدمها أحد المستشرقين (وهو الأستاذ فترجيرالد) وذلك في بحث له نشره بالانجليزية بعنوان « الدين المزعوم للقانون الروماني على القانون الاسلامي » نشرت في -يناير ١٩٥١ مجلة *Law quarterly Review* مجلد رشم ٦٧ ص ٨١ - ١٠٢ . وكان ذلك نقلاً عن المدخل لدراسة الفقه الاسلامي » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ١٠٤ ، ١١١

(ثالثاً) وجود مبادئ ونظم جديدة في الشريعة لا وجود لها في القانون الروماني :

(أ) نذكر في مقدمة تلك المبادئ : المبدأ السائد في الشريعة والذي يقضى بعدم اقامة حدود فاصلة بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية ، الأمر الذي أدى الى قيام كثير من النظريات أو المبادئ القانونية الاسلامية التي لم تكن معروفة في القانون الروماني مثل اساءة استعمال الحق ، ونظرية الضرورة ، ومبدأ التزام المتعاقدين بناء على الرضا وحده دون اشتراط بعض من الاجراءات الشكلية ، وهو ما يطلق عليه مبدأ سلطان الارادة (مما سبق لنا بيانه تفصيلا) (١) .

(ب) ونذكر من تلك الأنظمة الجديدة في الشريعة نظام الحسبة ، وهي وظيفة اجتماعية تقابل وظيفة النيابة العمومية في العصر الحديث ، ونظام العقاب بالتميزير ، وهو يتلخص في أن العقوبة يترك تحديدها - نوعا ومقدارا - الى القاضي ، فيحكم بما يراه تبعا لما يظهر له من ظروف كل جريمة ، وهذا نظام تمتاز به الشريعة الاسلامية وحدها - كما يقول الأستاذ الكبير على بدوي - كما أن كبار العلماء الحنائين

(١) راجع ص ١٢٧ ، ١٢٨ من هذا البحث

وراجع النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية » للأستاذ الدكتور شفيق شحاته ج ١ ص ٢٠١ ، ١٦١ حيث يقول بصدد موضوع « نظرية النيابة في العقد بطريق الوكالة أو الفضالة » :

« ومبدأ النيابة هذا لم يصل اليه التشريع الروماني الا بعد جهاد حثيف ، وهو قد بقي مجهولا من التشريع الفرنسي القديم ، أما الفقه الاسلامي فقد قال بالنيابة التامة ، وبالنيابة التامة الى حدود بعيدة جدا » .

ينادون به في العصر الحديث، وذلك حتى تكون العقوبة محقة
لغايتها من تشريعها (١) .

(رابعاً) — وجود أنظمة ومبادئ في القانون الروماني لا وجود لها
في الشريعة الإسلامية :

نذكر كأمثلة لتلك الأنظمة والمبادئ نظام السلطة الأبوية ، والسيادة
الزوجية والوصاية على المرأة ، فالشريعة الإسلامية لا تعرف نظاماً مماثلاً
لذلك النظام الروماني الذي يقرر لرب الأسرة حقوقاً تمتد إلى أموال أفراد
أسرته ولا أن للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث ولا ذلك المركز الممتاز
الذي تتمتع به المرأة المسلمة في استقلالها بالتصرف في مالها الخاص
(وقد سبق لنا الإشارة إلى ذلك تفصيلاً) (٢) .

(خامساً) — شهادة بعض المستشرقين وبعض المؤتمرات الدولية للقانون
المقارن :

وأخيراً فلعل أقوى وجوه الاستدلال على ذلك الاستقلال ما يشهد به
بعض المستشرقين وفي مقدمتهم نذكر الأستاذ فينرجيرالد الذي وجه إلى المستشرقين

(١) راجع في ذلك بحثاً للأستاذ الكبير علي بلوى (عميد كلية الحقوق ووزير العدل سابقاً)
وقد نشر هذا البحث بعنوان « أبحاث في تاريخ الشرائع » بمجلة القانون والاقتصاد العدد الخامس
من السنة الأولى (حدد نوفمبر سنة ١٩٣١ من ٧٣١ — ٧٣٦) ، وراجع « الممثل لدراسة الفقه
الإسلامي » للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ٩٨ ، ٩٩ ، وراجع كتاب « بين الشريعة
الإسلامية والقانون الروماني » للأستاذ الدكتور صوفي حسن أبو طالب ص ٣ حيث يقول :

« أن الفقه الإسلامي ترك أثراً واضحاً في القوانين الغربية المبنية على القانون الروماني ، يمثل
ذلك الأثر بصفة خاصة في نظم القانون التجاري الحديث ، فقد انتقلت كثير من النظم القانونية
الإسلامية إلى المادتين التجارية التي كانت سائدة بين سكان شرق حوض البحر الأبيض المتوسط
في العصور الوسطى وبصفة خاصة عادات وتقاليدها الجمهوريات الإيطالية في ذلك العهد ، من ذلك
نظام شركة المضاربة والسقجة » .

(٢) راجع ص ١٢٩ ، ١٣٠ من هذا البحث ، وراجع دكتور محمد يوسف موسى
(المرجع السابق) ص ٩٨ ، ١٠٢

المتنادين بعدم استقلال الشريعة عن القانون الروماني أخطر الانتقادات بل والاهامات، وحسبنا أن نشير الى ما اتهم به أحدهم (وهو شلدون ايموس Amos) بأنه « كان يعمل في حقل يكاد يجهله تماما » ، وانتقد مستشرق آخر (وهو سواس باشا) وكان موظفا مسيحيا ممتازا في الدولة العثمانية بأنه « كان ذا عقلية غير علمية ولا دقيقة، كما كان الذي يدفع به الى ما كتب دافعا سياسيا وهو اظهار التشريع الاسلامي بأنه كان دائما قابلا للمؤثرات الغربية » .

أما المستشرق الكبير جولدتسيهر فقد ذكر فيتزجيرالد عنه أنه « من أعظم الأسماء في الدراسات العربية ولكن الحجج التي تقدم بها في هذا الموضوع قد عدل عنها هو ذاته في مؤلفاته المتأخرة » (١) .

وكذلك نجد بعضا من المؤتمرات الدولية للقانون المقارن قد أقرت - في بعض ما أصدرته من قرارات - باستقلال الشريعة عن غيرها من الشرائع ، حسبنا أن نشير هنا الى القرار الصادر بهذا المعنى من المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي عقد في لاهاي عام ١٩٣٧ ، وذلك بعد أن تقدم أحد العلماء من مندوبي الأزهر يبحث الى المؤتمر في هذا الموضوع (٢) .

خاتمة

يتبين مما تقدم بما لا يدع سبيلا الى الريب استقلال الشريعة الاسلامية عن القانون الروماني ، كما يتبين أن الفقه الاسلامي - كما يقول الأستاذ الكبير على بدوى - قد بلغ الذروة من دقة البحث وعمق التفكير (٣) - ونرى - في مقام الختام - أن نلبي بالملاحظات التالية :

(١) راجع في ذلك بحث الأستاذ فيتزجيرالد Fitz gerald (المرجع السابق) ص ٨١ - ١٠٢ ترجمة الدكتور عبد الحليم النجار (الأستاذ بكلية الآداب بجامعة القاهرة) ، وكان ذلك نقلا من « المدخل للدراسة الفقه الاسلامي » للدكتور محمد يوسف موسى ص ١٠٤ ، ١٠٥ .

(٢) راجع في ذلك « المدخل في التبريف بالفقه الاسلامي » للأستاذ الشيخ شلبي ص ٥ .

(٣) « أبحاث في تاريخ الشرائع » للأستاذ على بدوى (المرجع السابق) ص ٧٣٣ وما بعدها .

المعركة الأولى : تأثير القانون الروماني بتشريعات شرقية وبالفقه الاسلامي

(١) لقد كان القانون الروماني— فيما يرى البعض — هو الذي تأثر بتشريعات بعض البلاد الشرقية ، فالغالبية العظمى من التعديلات التي أجريت في القانون الروماني في العصر البيزنطي ترجع الى القانون الذي كان سائداً في مصر والعادات والتقاليد القانونية التي كانت مطبقة في الشام .

وفي عهد الامبراطور جستنيان جمعت قواعد القانون الروماني الذي أصبح شرقياً أكثر منه رومانياً في مجموعات قانونية عرفت باسمه وكان لها أبلغ الأثر في المدينة الغربية الحديثة الى حدٍ حدها بالبعض الى أن يقول أنه ليس هناك بعد الانجيل كتاب أثر في المدينة الغربية مثل ذلك التأثير الذي كان لمجموعات جستنيان (١) .

ولم يقتصر أثر الشرق في مجموعات جستنيان على ماتقدم ، بل لقد وجدنا الأشخاص الذين استعان بهم جستنيان في تجميع

(١) Walton: Historical introduction to the roman law p. 1.

كان ذلك نقلاً عن مؤلف الدكتور صوفي (المرجع السابق) ص ١٧ ، ١٨ ، وفي ١٦ ، ١٧ يقول : « كان تأثير القانون الروماني بمادات البلاد الشرقية ذات الثقافة الاغريقية واضحاً لدرجة جعلت شراح القانون الروماني يطلقون عليه في العصر البيزنطي اسم القانون الروماني البيزنطي (أو الاغريقي) droit roman-Hellénique وقد اتخذ هذا التأثير إحدى صور ثلاث :

- (١) تحليل كثير من النظم الرومانية بما يتلائم مع قوانين البلاد الشرقية .
- (ب) استحداث نظم جديدة كان يجهلها القانون الروماني وكانت سارية في تلك البلاد الشرقية قبل تطبيق ذلك القانون .
- (ج) وأخيراً اقتدار بعض النظم الرومانية نظراً لعدم العمل بها في تلك البلاد الشرقية لعدم ملائمتها لما عرفته هذه البلاد من نظم قانونية » .

تلك المجموعات من أساتذة القانون في الجامعات التي كانت قائمة في الشرق (القسطنطينية وبيروت) ومن عداهم من رجال القانون في تلك البلاد الشرقية (١).

(ب) وكذلك ذهب بعض الباحثين الى أن القانون الروماني قد تأثر كذلك بالفقه الاسلامي وأفاد منه ، وكان ذلك فيما زيد عليه في عصر النهضة الأوروبية عن طريق الثقافة والعلوم الاسلامية التي كانت من عوامل هذه النهضة كما هو معروف (٢).

الملاحظة الثانية : مدى تأثر العرب بالبلاد التي فتحوها (وذلك في ميدان التشريع) . على أنه مما لا يجوز انكاره أن اتصال العرب المسلمين بغيرهم من شعوب البلاد التي فتحوها كان له أثره في ميدان التشريع ، إلا أن هذا الأثر لا يكاد يعدو مجرد الاثارة لكثير من الوقائع والمشاكل الجديدة . ولقد أخذ الفقهاء المسلمون في حل هذه المشاكل ووضع أحكام لهذه الوقائع مستوحين مبادئ الشريعة الاسلامية وأصولها الصحيحة . كما أن أولئك العرب الفاتحين قد تركوا — كما قدمنا — في البلاد التي فتحوها — العادات والأعراف التي لم تكن مخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية (٣).

(١) مؤلف الدكتور صوفي (المراجع السابق) ص ١٨، وراجع ص ١٧ الهامش رقم ٣ من المرجع السابق حيث ذكر المؤلف أن مجموعات جستنيان أنها كانت تتكون من ثلاث: «مجموعة البساتير» Codex صدرت عام ٥٢٩ لتضم البساتير التي صدرت من الأباطرة ، «الموسوعة» Digesta وقد جمع فيها كتابات فقهاء العصر العباسي وصدرت عام ٥٣٣ ، و «النظم» صدرت كذلك عام ٥٣٣ وهو كتاب موجز للقانون الروماني وكان يدرس لطلبة القانون .

(٢) ذلك هو ما ذكره الدكتور صبيح محمد صافي في كتابه «فلسفة التشريع في الاسلام» (طبعة بيروت عام ١٩٤٦ ص ٢٢٩ - ٢٣٠) وكان ذلك نقلا عن مؤلف الدكتور محمد يوسف موسى (المراجع السابق) ص ٩٦

(٣) «المدخل لدراسة الفقه الاسلامي» للدكتور محمد يوسف موسى ص ٩٦ ، ٩٧ وراجع «فلسفي الاسلام» (طبعة ١٩٥٦ ص ٣٨٧ ، ٣٨٨) للاستاذ أحمد أمين حيث يذكرنا أنه كان لترجمة الفلسفة اليونانية في العصر العباسي أثر سيء من ناحية إضعاف الروح الدينية إذ أصبح علماء الكلام والمذاهب الدينية (كما يقول) ينظرون الى القرآن من خلال الفلسفة اليونانية، وذلك ان كان فيه مران عقل وتوسيع لبعض مناسي الفكر ففقه إضعاف لقوة الروح =

المعركة الثالثة : تأثر العرب بالفرس - والواقع أن العرب قد تأثروا بالحضارة الفارسية أضعاف ما تأثروا بالحضارة اليونانية أو الرومانية ، ذلك لأن الفرس هم الذين انتقلوا الى العربية ولم تنتقل العربية اليهم ، ثم أن دولة الفرس ذابت في المملكة العربية ، ولقد كانت حياة الفرس تحت أعين العرب ، أما الحياة اليونانية (أو الرومانية) فقد كانت بعيدة عن العرب ، فلم تكن تحت أعينهم لينظروها ، فهناك في بلاد اليونان أو الرومان آلهة تخالف المخالفة كلها تعاليم دينهم ، ونظم سياسية واجتماعية لم يكن للعرب بها عهد (١) .

مما تقدم فقد أصبح من البين أننا لا نستطيع أن نوافق على ما ذكره أحد الزملاء الأجلاء عن هذه المسألة (مسألة تأثر الفقه الاسلامي بالقانون الروماني) بأنها «مسألة طال فيها الكلام قديما وحديثا .. ثم لا تزال على حالها لم تحل حتى اليوم» (٢) أننا نستطيع أن نقرر الآن - في يقين مبين - أنه بفضل غير القليلين من الباحثين المصريين (ومهم ذلك الزميل نفسه) وبفضل القليلين من المستشرقين فقد أمكن الوصول في تلك المسألة الى حل لا يحل اليوم فيه الريب أو الخلاف .

== وحاسة القلب ، سواء في ذلك المنزلة والأشعرية والماتريديه ، فكلهم استخدموا الأدلة اليونانية في العقائد الدينية وهي غير الطريقة التي نحاها القرآن الكريم في الدعوة الى اللين لقد كادوا يمسلمهم هذا يقطعون الصلة بين العقل والقلب وينمون الناحية العقلية على حساب قوة العاطفة ، ثم يقول : « فأهم غرض للقرآن الكريم أن يحوي الشعور ببيان علاقة الانسان القوية بالله والعالم وأن يعمل على ذلك بتنفيذ الحياة الروحية ، أما علماء الكلام فقد أرادوا أن يصلوا الى ذلك عن طريق المنطق ، وشتان بين الطريقتين ، فحياة المنطق لا تملأ القلب حاسة ولا تبتعث في النفس سرورة ايمان ، انما تفعل ذلك الحياة الروحية » .

(١) « فجر الاسلام » (الطبعة السابعة لسنة ١٩٥٥) ص ١٣٧ للأستاذ أحمد أمين .

(٢) ذلك هو ما ذكره الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه « المدخل » ص ٩٢ ، ٩٣ .

المبحث الرابع

مصادر الأحكام الدستورية

في الشريعة الإسلامية (في العصر الحديث)

كلية محمدية :

أن علماء الشريعة الإسلامية - فيما قدمنا - قدموا لنا مصادر الشريعة (أو على حد تعبير بعضهم « أدلة الأحكام ») بوجه عام ، فهم لم يأخذوا بسنة أساتذة القانون الوضعي الحديث الذين يبحثون عن مصادر كل فرع من فروع القانون بقسميه : القانون العام والقانون الخاص .

والمنهج العلمي السليم - فيما قدمنا أيضاً - يتطلب من الباحث الذي يبحث عن المبادئ الدستورية أو النظام السياسي (نظام الحكم) في الإسلام ، أن يبين أولاً مصادر تلك المبادئ أو ذلك النظام في الإسلام ، أي - على حد التعبير الفقهي الحديث - أن يبين أولاً ما هي مصادر القانون الدستوري في الشريعة الإسلامية . ذلك هو ما سنتولى الآن بيانه .

ولقد سبق لنا أن ذكرنا أن الذي يهمننا من هذا البحث هو معرفة أمرين ، أو الإجابة عن سؤالين :

(الأول) هل تعد الأحكام الشرعية الدستورية (التي تقررت في صدر الإسلام أو فيما تلاه من العهود الإسلامية) نقول هل تعد جميعاً ملزمة لنا في هذا العصر الحديث ، طالما كانت تلك الأحكام تستند - كما هو معلوم - الى مصدر من تلك المصادر (« أدلة الأحكام ») السالفة الذكر لاسيما اذا كان من المصادر المتفق عليها ؟ واذا تقرر أنه لا يعد ملزماً لنا في عصرنا سوى بعض من تلك الأحكام ، فما هي تلك الأحكام ؟

(الثاني) حين يريد المشرع في بلد إسلامي أن يضع لبلده في عصرنا هذا دستوراً مستمداً من أحكام الشريعة الإسلامية أو متفقاً مع أحكامها فهل يغدو واجباً عليه أن يأخذ بهذه المصادر (السالفة الذكر) جميعاً ؟ وإذا تقرر أنه لا يلزم إلا بالأخذ ببعضها ، فما هو ذلك البعض ؟ .

كما سبق أن ذكرنا أن هذا هو ما عنيناه بعبارة « في العصر الحديث » التي أضفناها الى عنوان هذا البحث

— أما وقد بينا الزاوية أو الناحية التي نتصدى منها لمعالجة هذا البحث فإننا نستطيع أن نقرر أن مصادر تلك الأحكام الدستورية في الشريعة الإسلامية تنحصر في مصدرين : القرآن والسنة ، أما المصادر (أو « أدلة الأحكام ») الأخرى التي ذكرها الأصوليون من علماء الشريعة فلا مكان لها في ميدان الأحكام الدستورية في عصرنا هذا .

ونستطيع أن نضيف الى هذين المصدرين في هذا العصر : التشريع الدستوري الصادر من أولى الأمر في حدود أحكام الشريعة (كما بينها القرآن والسنة) — ولنتقل الآن الى تفسير وتفصيل ما أجملنا — وسنقسم هذا البحث الى قسمين أو فرعين :

(الأول) تبين فيه مصادر الاحكام الدستورية (في الشريعة) كما نراها .

(الثاني) نبين فيه وجهة نظرنا في أنه لا مكان للمصادر الأخرى (المعروفة لدى علماء الشريعة) في ميدان الأحكام الدستورية في العصر الحديث .

الفرع الأول — مصادر الأحكام الدستورية

أولاً — القرآن

القرآن هو الأصل والمصدر الأول للأحكام الشرعية جميعاً ، بعبارة أخرى أنه المصدر الأول للقواعد القانونية الشرعية بمختلف أنواعها ، فهو إذاً المصدر الأول للقانون الدستوري في الشريعة الإسلامية .

ملاحظات عامة : ولابد لنا هنا من ابداء بعض بيانات أو ملاحظات بهذا الصدد ، يتلخص أهمها في الملاحظتين التاليتين :

الملاحظة الأولى : إن القرآن لم يأت - فيما يتعلق بالاحكام الشرعية (أى المسائل القانونية) الا بقواعد كلية أو مبادئ عامة فهو لم يتعرض لبيان التفصيلات أو الجزئيات اللهم الا في القليل النادر (١) . على أنه اذا كان القرآن قد تعرض لبيان التفصيلات أو الجزئيات في بعض فروع القانون التي ألحقت بالمبادئ ، كما هو الشأن بصدد أحكام الأحوال الشخصية ، وبعض الأحكام الشرعية المتصلة بالقانون الجنائي (كتحديد عقوبات بعض الجرائم ، وهى التي يطلق عليها « الحنود » كحد السرقة وحد الزنا) ، إلا أننا نجد (أى القرآن) لم يتعرض للتفصيلات أو الجزئيات في الأحكام الشرعية المتصلة بالقوانين الأخرى ، وفي مقدمتها القانون الدستورى (كما يقرر الأستاذ الكبير الشيخ خلاف) ، وذلك لأن هذه الاحكام الدستورية شأنها شأن غيرها من أحكام القوانين الأخرى هى - على حد تعبيره - « مما تختلف باختلاف البيئات وتتطور بتطور المصالح » (٢) - ولا عبرة بما قد يعترض به على هذا القول من أن القرآن قد جاء بالآية الكريمة « وما فرطنا في الكتاب من شيء » ، فالقصد بهذه الآية : بيان كل شيء من أمور الدين (٣)

(١) راجع ص ١٩ ، ٣٩ من هذا البحث .

(٢) ويضيف الى ما تقدم « فلم تعرض نصوص القرآن فيها للتفصيل والتفريع ، بل اقتصر على الأحكام الأساسية والمبادئ العامة التي لا تختلف فيها بيئة وبيئة وتقتضيها العلاقة في كل أمة ليكون أول الأمر في أية أمة في سنة من أن يفرعوا ويفصلوا حسب ما يلائم حاكم وتقتضي مصالحهم من غير أن يصطلحوا بحكم تفصيل شرعه القرآن - راجع في ذلك مقالاً للأستاذ الشيخ خلاف نشر بمجلة القانون والاقتصاد عدد ابريل ومايو سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٣-٢٥٨ بعنوان « مصادر التشريع الإسلامى مرثه » - ويقول (بصفحة ٢٥٤) « في نصوص القانون الدستورى اقتصر نصوص القرآن على تقرير المبادئ الأساسية الثلاثة التي تقوم عليها كل سياسة دستورية عادلة وهى الشورى والعدل والمساواة » (و انما المؤمنون اخوة) ، وتركزت تفصيل الاجكام لتنظيم الشورى وتحقيق العدل والمساواة لتراعى فيها كل أمة ما يلائم حالها وتقتضي مصالحها »

(٣) ذلك هو التفسير الذى ذكره لتلك الآية الأستاذ الأكبر المفور له الشيخ الخضر حسين =

الملاحظة الثانية : أن آيات الأحكام الشرعية ، أى الآيات القانونية (أو « آيات الأحكام » على حد تعبير علماء الشريعة) الواردة فى القرآن كانت قليلة جداً بالنسبة لمجموع الآيات القرآنية ، فإن هذه الآيات القانونية تبلغ نحو مائتى آية ، بينما تبلغ مجموع الآيات القرآنية نحو ست آلاف (٦٠٠٠) آية (١)

وتعد قلة عدد تلك الآيات القانونية فى نظر علماء الشريعة دليلاً من دلائل نزعة الشريعة الإسلامية الى التيسير على المشرعين وعلى الناس لتكون شريعة الله صالحة لكل زمان ومكان (٢) .

أما عن آيات الأحكام المتعلقة بالقانون الدستورى فأننا لم نجد أحداً من فقهاء الشريعة الإسلامية قد عرض لبيان عددها ، على أنه يبدو لنا أنها تعد أقل كثيراً من آيات الأحكام المتعلقة بأى فرع من الفروع الأخرى للقانون (٣) .

== فى كتابه « نقض كتاب الاسلام وأصول الحكم » للأستاذ حلى عبد الرازق (طبعة القاهرة ١٣٤٤ هجرية) ص ٢٩ ، ٣٠

(١) راجع فى ذلك « المعروف فى الفقه الإسلامى » للأستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٩٨ ، « وفجر الإسلام » للأستاذ أحمد أمين الطبعة الثانية ص ٢٦٨

(٢) راجع « تقوم الفكر الدينى » للأستاذ الشيخ محمود الشرقاوى (طبعة ١٩٦٠ ص ١٠٥) (٣) لم نجد أحداً من أئمة الشريعة وفقهائها عرض لبيان عدد آيات الأحكام فى القرآن فى كل فرع من فروع القانون اللهم إلا الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى (فى كتابه « المسئل » ص ٣٠) حيث ذكر عددها كما يلى : « فى الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وإرث وصية وحجر وغيرها نحو سبعين آية ، وفى المجموعة المدنية من بيع وإجارة ورهن وشركة وتجارة ومدانة وغيرها نحو سبعين ، وفى المجموعة الجنائية من عقوبات وتحقيق جنابات نحو ثلاثين آية ، وفى القضاء والشهادة وما يتعلق بها نحو عشرين آية » .

ما تقدم يتبين أن الزميل لم يشر الى عدد الآيات التى تتعلق بالقانون الدستورى . فاذا صح ما ذكره البعض - كما قلنا - من أن عدد الآيات القانونية يبلغ نحو ٢٠٠ آية فإنه يترتب على ذلك أن عدد الآيات التى تتعلق بالقانون الدستورى (وغيره) من فروع القوانين التى لم يشر اليها الزميل كالقانون الإدارى والقانون الدولى والقانون المالى) لا يزيد من نحو عشر آيات - واننى لأميل الى الاعتقاد أن هذا العدد يقل كثيراً من الرقم الصحيح ، الأمر الذى يدعونا الى عدم التسليم بصحة ما ذكر من أن عدد الآيات القانونية جميعاً هو ٢٠٠ .

(ثانياً) السنة

تمهيد — اذا كانت « سنة الأحكام » الدستورية شأنها شأن « آيات الأحكام » الدستورية تعد مصدراً من مصادر القانون الدستوري في الشريعة الاسلامية ، دون أن يكون ثمة موضع للريب أو الجدل ، الا أن ثمة فارقين هامين — فيما يبلو لنا — بين هذين المصدرين (١) .

(الأول) أنه بينما نجد أن جميع آيات الأحكام الدستورية تعد من مصادر القانون الدستوري فإن هذا — فيما نرى — ليس شأن جميع أنواع سنن الاحكام الدستورية ، أى أن بعض هذه السنن لن نستطيع أن نأخذ بها في هذا المقام .

الفارق (الثاني) — أنه بينما نجد أن جميع آيات الأحكام الدستورية تعد نصريها عاما شأنها في ذلك شأن جميع آيات الاحكام بوجه عام (أى ملزمة للجميع المسلمين في كل حين أى حتى في عصرنا هذا بل وإلى الأبد) فإن هذا ليس شأن جميع سنن الأحكام الدستورية .

واليكم تفصيل ما أجهلنا .

— ١ —

ما يعبر من أنواع السنن مصدراً من مصادر القانون الدستوري في الشريعة :
السنة — فيما قدمنا — تنقسم باعتبار سندها (ومن حيث درجة ثبوتها) الى ثلاثة أنواع : متواترة ومشهورة وآحاد ، ولقد تقدم القول أن أغلبية الفقهاء يأخذون بهذه الأنواع الثلاثة ويعلمونها بحجة واجب اتباعها والعمل بها ، بعبارة أخرى أنهم يعلمونها جميعاً من مصادر الأحكام الشرعية على اختلافها (أى من مصادر مختلف فروع القانون العام أو القانون الخاص) .

(١) يلاحظ أننا نستعمل هنا اصطلاح « سنة الأحكام الدستورية » للدلالة على السنن التي تصدر كتشريع في المسائل الدستورية ، واصطلاح « آيات الأحكام الدستورية » للدلالة على الآيات القرآنية التي نزلت كتشريع في تلك المسائل الدستورية .

عدم المؤثر بسنة الوفاة. والرأى عندى أننا — فى مقام القانون الدستورى — لا يجوز أن تأخذ بسنة الآحاد حين تكون مستقلة ، أى حين تأتى بأحكام أو مبادئ جديدة لم ينص عليها فى القرآن ، وذلك للاعتبارين التاليين :

(الاعتبار الأول) أهمية الأحكام الدستورية وخطورتها .

(الاعتبار الثانى) أن سنة الآحاد غير يقينية .

وقبل أن نتكلم تفصيلا عن كل من هذين الاعتبارين نوجه الانظار الى أنهما غير منفصلين كما قد يظن البعض ، انما بينهما اتصال بل أوثق الاتصال فثانيهما يكمل أولهما ، بل ويكاد يتداخل بعض أجزاء هذا فى بعض أجزاء ذاك ، وإذا كنا عرضنا الكلام عنهما على هذه الصورة فى نبذتين مختلفتين فأما كان ذلك حرصا على زيادة الايضاح ، ولنتنقل الآن الى شرح كل منهما :

اعتبار الأول : أن الاحكام المتعلقة بالقانون الدستورى هى على قسط كبير من الأهمية والخطورة لأنها تتعلق بالنظام السامى للدولة أى بنظام الحكم فيها ، وبيان حريات الأفراد وحقوقهم الاساسية ازاء الدولة ، لذلك لم يكن من المقبول أن تأخذ بالسنة فى هذا المقام الا اذا كانت يقينية أى سنة متواترة أو بالاقل سنة مشهورة اذا توفرت فيها بعض شروط (سنشبر اليها فيما بعد) ، ففى مثل هذه الشؤون التى تنطوى على مثل تلك الأهمية والخطورة يعد عدم شهرة السنن قرينة قوية على عدم صحتها (أى على عدم صلورها حقا عن الرسول) .

وإذا كان علماء الشريعة يشترطون بصدد « المصالح المرسلة » — كما قدمنا — أن تكون المصلحة حقيقية أى يقينية غير ظنية (١) ، فإنه يجب من باب

(١) راجع ص ٩٥ ، ٩٦ من هذا البحث .

أولى - فيما يبدو لنا - أن يشترط هذا الشرط في السنن المستقلة لا سيما بصدد أحكام بالغة الخطورة والأهمية كالأحكام الدستورية .

ولقد كان أبو بكر وعمر - حين يكون المقام مقام تشريع حق ولو كان تشريعا عاديا لا تشريعا دستوريا - لا يأخذان بالحديث إذا كان راوى الحديث صحابيا واحدا فكان كل منهما أخذاً بسنة الحظية واليقين من صحة الأحاديث يتطلب شهادة صحابي آخر يؤيد رواية الصحابي الأول ، لذلك كان طبيعيا بل وضروريا أن نتخذ بصدد التشريعات الدستورية من أسباب الحظية واليقين ما يفوق كثيرا ما نتخذه منها بصدد التشريعات العادية ، لأسباب بعد أن انقضى على عهد الرسول العديد من القرون ، ودخل على رواية الحديث الكثير من ضروب الكذب والتحريف (١) .

وكان الامام الغزالي يرى كذلك « أن خبر الواحد لا تثبت به الأصول » (٢) وهو يعنى أصول الاحكام الشرعية أى مصادرهما (أو على حد تعبير الفقه « الحديث : مصادر القانون ») .

أما ما يبرر به فقهاء الشريعة العمل بسنة الآحاد من أن القاضي يقضى بشهادة الشهود وهى لا تفيد اليقين ، إنما تفيد رجحان الظن بالشهود به « فإن هذا قياس مع الفارق ، فالمقام هنا مقام الكلام عن السنة التى تعد تشريعا لا تلك التى تعد قضاء (أى لا تلك التى تصدر من الرسول بصفته قاضيا

(١) راجع كتاب « السنة ومكانتها في التشريع الاسلامي » (الطبعة الأولى سنة ١٩٦١) للدكتور مصطفى البهاى (رئيس قسم الفقه الاسلامى وأستاذ الأحوال الشخصية في كليتي الشريعة والحقوق بجامعة دمشق) حيث يقول ص ١٨٢ « رد أبو بكر خبر المنيرة (وهو صحابي) في ميراث الجدة حتى انضم اليه خبر محمد بن مسلمة » ثم يقول ص ١٨٣ ، ١٨٤ « الواقع أن أبا بكر لم يرد خبر المنيرة لا لأنه لا يقبل خبر الآحاد بل توقف الى أن يأتي ما يؤيده ويزيده (أى يزيد أبا بكر) اعتقادا بوجود هذا التشريع في الاسلام وهو اصطلاح الجدة البس ، ولما كان هذا تشريعا لم ينص عليه القرآن كان لا بد للعمل به واقراره من زيادة في التثبت والاحتياط فلما شهد محمد مسلمة أنه سمع هذا من النبي صلى الله عليه وسلم لم يتردد أبو بكر في العمل بخبر المنيرة » - (وسوف نعود الى الكلام عن هذه المسألة بتفصيل أدنى) .

(٢) راجع « المستصفى من علم الأصول » للامام الغزالي ج ١ ص ١٣٨

وانما بصفته مشرعا . ومن أجل أن يطبق تشريع يجب العلم به عن طريق اليقين ، لا عن طريق الظن حتى ولو كان ينطوى على رجحان الظن - ومع ذلك فالشريعة لا تكفى بشاهد واحد فحسب أمام القضاء بل تتطلب شهادة شاهدين ، وأحيانا أربعة شهود كما هو الشأن في جريمة الزنا (١). ومن مبادئ الشريعة درء الخلود بالشبهات ، أى أن القضاء بصدها يجب أن تبني أحكامه على اليقين لا على رجحان الظن ، والأحكام التشريعية الدستورية ليست أقل خطراً من أحكام القضاء المتعلقة بالخلود .

الاعتبار الثانى : أنه ستة أمماد غير يقينية

بعبارة أخرى نريد أن نقول أنه اذا كانت القواعد القانونية (وبخاصة ما كان منها خاصا بالقانون الأساسى للدولة وهو القانون الدستورى) تتطلب أن تكون مصادرها ذات صبغة يقينية أى غير ظنية فإن سنة الأحاد تموزها هذه الصبغة اليقينية . فإنه اذا كان مما لا يجوز انكاره ما بذله العلماء - منذ عصر الصحابة الى أن تم تلوين السنة - من الجهود من أجل الوصول الى اليقين من ناحية صحة الأحاديث النبوية والعمل على تنقيتها من شائنة شائبة الأكاذيب، التى أصطلح على تسميتها « وضع الحديث » ، نقول أنه اذا كان مما لا ينكر ما بذل من تلك الجهود الكبيرة الموفقة الا أنه مما لا يمكن التسليم به - رغم ذلك - أن سنة الأحاد تعد ذات صبغة يقينية . ذلك كله مما سنزيده تفسيراً وتفصيلاً فيما يلى :

(١) قال تعالى في سورة النساء : « واللاق يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » الى آخر الآية .

أما في غير جريمة الزنا ، فإن القاعدة الملمة جاءت في قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » ولقد قال تعالى أيضاً « وأشهدوا ذوى عدل منكم » على أنه قد رويت أحاديث (رواهما مسلم عن عى وعن ابن عباس) مؤداها أن الرسول كان يقضى أحيانا بشهادة شاهد واحد ويمن صاحب الحق . على أن أبا حنيفة وأصحابه لا يأخذون بهذه الأحاديث راجع فيها تقدم « محاضرات في أسباب اختلاف الفقهاء » للاستاذ الشيخ على الخفيف (المراجع السابق) صفحة ٦٨

(نأردو) مهور العلماء وأئمة الحديث — أما عن تلك الجهود التي بذلت من أجل التيقن من صحة الأحاديث فأنا نستطيع أن نلخصها على الوجه الآتي :

١ — بعد أن قامت الفتنة في أواخر عهد خلافة عثمان وقام عبد الله بن سبأ (الذي كان يهوديا وأسلم) بدعوته الآتية التي بناها على فكرة التشيع القائل بالوهية الامام على بدأ العلماء من الصحابة والتابعين لا يقبلون من الأحاديث الا ما عرفوا رواها واطمأنوا الى عدالتهم فلقد تتبعوا الرواة للأحاديث ودرسوا تاريخهم ، وقد وضعوا في هذا الصدد قواعد قوية تتصل « بالسند » (أي بأشخاص رواة الحديث) للعمل بمقتضاها لمعرفة من يخذ ومن يؤخذ بروايته من رواة الأحاديث ، وبناء على تلك القواعد نجدهم قد بينوا لنا من تشملهم طائفة المبتدئين (أي الذين لا يؤخذ بما يروون من أحاديث) ، وأهم عناصر تلك الطائفة أولئك الذين عرفوا بالكذب في أحاديثهم العامة ولم يعرف عنهم كذب على الرسول ، وكذلك الزنادقة والمفقلون الذين لا يفهمون ما يحدثون به ومن كثر نسيانه أو ساء حفظه . فضلا عن تلك القواعد المتصلة بالسند ، نجد أولئك العلماء قد وضعوا قواعد أخرى قوية تتصل « بالمتن » أي بنص الحديث ، وذلك لمعرفة الأحاديث التي ينبغي نصها عن عدم صدقها ، فمن أهم ما ذكره من علامات الوضع (أي الكذب) في المتن :

(أ) ركافة اللفظ بحيث يترك العليم بأسرار البيان العربي أن مثل هذا اللفظ لا يصدر عن مثل الرسول وهو سيد الفصحاء .

(ب) فساد المعنى ، بأن يكون الحديث مما لا تستسيغه العقول ويخالف البدهة كحديث « أن سفينة نوح طاقت بالبيت سبعا وصلت عند المقام ركعتين » .

(ج) مخالفة الحديث لصريح القرآن مثل حديث « ولد الزنا لا يدخل الجنة الا سبعة أبناء » فهو يخالف لقوله تعالى : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » .

(د) مخالفة الحديث للحقائق التاريخية مثل الحديث الذي ينسب للرسول أنه وضع الجزية على أهل خيبر ، مع أن الثابت تاريخياً أن الجزية لم تكن معروفة ولا مشروعة في عام خيبر ، وإنما نزلت آية الجزية بعد عام تبوك .

(هـ) موافقة الحديث للمذهب الراوى الذي عرف بالتعصب لمذهبه الى حد التطرف (كالأحاديث التي رواها بعض الشيعة المتطرفين عن الامام علي) .

(و) أن يتضمن الحديث أمراً حدث أمام جمهور كبير ثم ينفرد شخص واحد بروايته .

(ز) أن يشتمل الحديث على إفراط في الثواب العظيم على الفعل الصغير والمبالغة بالوعيد على الذنب الصغير الخ (١) .

٢ - ولقد مهدت تلك الجهود الكبيرة الموقفة الطريق أمام أئمة الحديث الذين جاءوا فيما بعد في القرنين الثاني والثالث الهجريين اللذين شاع فيهما تدوين السنة (كما سبق أن بينا) (٢) ، ولقد كان القرن الثالث أزهى عصور السنة بفضل من ظهر فيه من أئمة الحديث ومؤلفاتهم العظيمة الخالدة ولقد كان أمام المحدثين في القرن الثالث بل وفي التاريخ الاسلامي كله هو الامام محمد ابن اسماعيل البخارى ، وقد ألف كتابه المشهور « الجامع الصحيح » وقد تبعه في طريقته معاصره وتلميذه الامام مسلم بن الحجاج القشيري (٣) .

(١) راجع فيما تقدم « السنة » للاستاذ الدكتور مصطفى السباعي ص ١٠٦ - ١٢٠ ، ٢٥٠ ،

(٢) راجع ص ٤٧ ، ١٥٥ من هذا البحث .

(٣) ولد الامام البخارى عام ١٩٤ وتوفى عام ٢٥٦ هجرية ، أما الامام مسلم فقد ولد عام ٢٠٤ وتوفى عام ٢٦١ ، وقد تبعهما بعد ذلك كثيرون وألفت بعدهما كتب كثيرة من أهمها : سنن أبي داود (المتوفى عام ٢٧٥) والنسائي (المتوفى عام ٣٠٣) وجامع الترمذى (٢٧٩ هـ) وسنن ابن ماجه (٢٧٣) .

راجع فيما تقدم كتاب « السنة » للاستاذ الدكتور مصطفى السباعي (المرجع السابق) ص ١٢١-١٢٥

ولقد كان كل من البخارى ومسلم يشترط فى الحديث الصحيح أن يرويه عن الرسول الصحابي المشهور له راويان ثقتان (١) .

مما تقدم يرى أن هذين الامامين (البخارى ومسلم) لم يكونا يأخذان بأحاديث كل صحابي كما يظن البعض ، وانما كانا يشترطان أن يكون « صحابيا مشهورا بين الثقات الأثبات » ، وهنا يجب ألا يفوتنا توجيه الانظار الى بيان من هو الصحابي والى الاشارة الى أن ذلك التعريف بالصحابي كان موضع خلاف بين العلماء ، ففى نظر أئمة الحديث كالبخارى وابن حنبل ، الصحابي هو من لقي الرسول وهو مميز مؤمنا به ومات على الاسلام ، طالت مجالسته له أو قصرت ، بل وأنه ليكفى فى نظر البخارى أن يكون رأى الرسول لكى يعد صحابيا (٢) .

(١) ثم يرويه عنه التابعى المشهور بالرواية عن الصحابي وله راويان ثقتان ثم يرويه عنه من أتباع التابعين حافظ متقن وله رواية ثقات من الطبقة الرابعة ثم يكون شيخ البخارى أو شيخ مسلم حافظا مشهورا بالمداولة فى روايته .

ذلك هو ما ذكره الحاكم أبو عبد الله النيسابورى (المتوفى عام ٤٠٥ هـ) فى كتابه « المستدرج الى معرفة كتاب الاكلیل » .

ولقد كان شرط البخارى ومسلم أن يخرجوا الحديث المتفق على ثقة نقلته الى الصحابي المشهور بين الثقات الأثبات .

راجع فيما تقدم كتاب « الحديث والمحدثون » تأليف الأستاذ محمد محمد أبى زهو (الأستاذ بكلية أصول الدين بالأزهر الشريف) طبعة ١٣٧٨ هجرية - ١٩٥٨ م . صفحة ٣٨٤ ، ٣٨٥ .

(٢) راجع كتاب « الحديث والمحدثون » للأستاذ محمد محمد أبى زهو (المرجع السابق) ص ٣٨٥ ، ص ١٢٩ ، ١٣٠ حيث يضيف الى ما تقدم : « قال أبو المظفر السمعاني : أصحاب الحديث يطلقون اسم الصحابي على كل من روى عنه صلى الله عليه وسلم الراوى حديثا أو كلمة للحديث ، ويتوسعون حتى يعدون من رآه رؤية من الصحابة ، وهذا لشرف منزلة النبي صلى الله عليه وسلم أعطوا كل من رآه حكم الصحبة ، وذكر (أبى السمعاني) أن اسم الصحابي من حيث اللغة يقع على من طالت صحبته للنبي صلى الله عليه وسلم وكثرت مجالسته له على طريق التبع له والأخذ عنه ، وهذا طريق الأصوليين » .

علم مصطلح الحديث — أن القواعد التي وضعها العلماء لمقاومة الوضع في الحديث (وسقت الإشارة إليها) تكون منها ما اصطلاح على تسميته « علم مصطلح الحديث ». ولقد ألف أحد علماء التاريخ في عصرنا هذا كتابا في أصول الرواية التاريخية اعتمد فيه على قواعد علم مصطلح الحديث واعترف بأنها أصح طريقة علمية حديثة لتصحيح الأخبار والروايات (١) .

(ثانيا) من الآثار غير ذات صبغة يقينية رغم جهود العلماء وأئمة الحديث . أما ما ذكرناه من أنه رغم تلك الجهود الكبيرة الموقفة فإن أحاديث الآحاد لا تبلغ بعد مرتبة اليقين الذي تتطلبه أحكامها ما للأحكام الدستورية من الخطورة والأهمية فيينا لذلك نلبي عما يلي :

١ — ان الخليفين أبا بكر وعمر كانا — كما قدمنا — لا يقبلان الحديث أحيانا من راويه الصحابي الا اذا شهد صحابي آخر مؤيدا رواية ذلك الحديث ، وذلك رغم ما هو معروف عن الصحابة بوجه عام من العدالة والصدق والنزاهة ، ورغم أن الراوي الأول للحديث من كبار الصحابة (٢) وروى

(١) الكتاب هو « مصطلح التاريخ » ومؤلفه هو الأستاذ أسد رستم (أستاذ التاريخ في الجامعة الأمريكية ببيروت سابقا)

راجع فيها تقدم « السنة » الدكتور السباعي (المرجع السابق) ص ١٢٦

(٢) وهنا يجب ملاحظة أمرين : الأمر الأول أن اشتراط شهادة صحابي آخر لا يخرج الحديث من كونه حديث آحاد ، والأمر الثاني أنه حرفت من كل من أبي بكر وعمر حالات كثيرة نجدها قد قبلها فيها أحاديث لا يروها سوى صحابي واحد — راجع في بيان هذه الحالات كتاب « السنة » للأستاذ الدكتور السباعي ص ٧١ — ٨٥

على أن الذي يهنا هنا ذكره هو أن الخليفين أبا بكر وعمر لم يكونا أحيانا يطمئنان الى صحة رواية الحديث رغم أن راوي الحديث من كبار الصحابة الأجلاء ، ورغم قرب عهدهما بالرسول ورغم أن المسائل التي كان يروى فيها الحديث لم تكن لها أهمية وخطورة المسائل الدستورية فثلا كانت من أهم المسائل التي لم يقبل فيها أبو بكر الحديث الذي رواه صحابي واحد هو الحديث الذي رواه المنير عن الرسول من أنه كان يعطي الخلفة الثلث ، وذلك حين جاءت الجدة الى أبي بكر لتلتصق أن تورث ، فسأل عمر المنيرة : هل معلن أحد ؟ فتشهد محمد بن مسلمة بمثل ذلك فأنفذه لها أبو بكر لما عن عمر فيذكر أن الصحابي الكبير أبا موسى سلم حل عمر من وراء الباب ثلثا فلم يؤذن له ==

عن الامام على أنه كان يقول : « كنت اذا سمعت من رسول الله حديثا
نفعتني الله ما شاء أن ينفعني به ، وكان اذا حدثني غيره استحلقتني فأذا حلف
صدقته » (١) .

٢ - أن الامام أبا حنيفة كان لا يقبل أحاديث الآحاد ، اذ كان
لا يقبل سوى الأحاديث المشهورة ، وكان ذلك راجعا لانتشار الوضع
في الحديث (٢) ، وكذلك كان المعتزلة والخوارج - لهذا السبب -
لا يأخذون بأحاديث الآحاد (٣)

وكان بعض الفقهاء يرى أنه لا يجب العمل إلا بما رواه أربعة عن أربعة (٤)
- رفع افراس - ولا عبرة بما قد يعترض به علينا من أن تلك الرتبة التي

== فرجع فأرسل عمر في أثره فقال: لم رجعت ؟ قال: سمعت رسول الله يقول « اذا سلم أحدكم
ثلاثا فلم يجب فليرجع » ، فقال عمر : لتأتيني ببينة أو لأفعلن بك ، فجاء بصحابي آخر يؤيد
أبا موسى في روايته - وهذان الحفيضان ذكرهما الإمام مسلم .

راجع فيما تقدم « السنة » المرجع السابق ص ٨٠ ، وكتاب « الحديث والمحدثون » (المرجع
السابق) ص ٦٩ ، ٧٠

(١) ويجب كذلك ألا يفهم مما تقدم (كما يقول الدكتور السباعي) أن النهج الذي كان يسير
الإمام على دائما عليه هو تحليف راوي الحديث ، فقد روى عنه أنه قبل الحديث مرة من راوية
دون أن يستحلفه وكان راوي الحديث هو المقداد بن الأسود - هذا هو ما ذكره الدكتور السباعي
في كتابه « السنة » ص ٨٥ ، ٨٦ - على أنه يبدو لنا أن ذلك كان فعلا هو النهج الذي يسير عليه
الإمام على من تحليف راوي الحديث وهذا هو ما يتبين من نص أقواله (كما أثبتناها) ، أما الحالة
التي قبل فيها الإمام على الحديث من راويه دون تحليفه فهي وحدها لا تنهض دليلا على أن التحليف
لم يكن الخطوة أو القاعدة التي سار عليها الإمام على ، اذ يصح القول أنها كانت مجرد استثناء
لكل القاعدة ، حيث أن الأستاذ الدكتور السباعي لم يذكر عن الإمام على سوى تلك الحالة ،
بينما وجدناه قد ذكر عن أبي بكر وعمر عدة أمثلة أي عدة حالات قبل فيها كل منها الحديث من
راويه دون أن يشترط شهادة صحابي آخر .

(١) راجع « السنة » للأستاذ الدكتور السباعي ص ٤٥٥

(٢) « السنة » (المرجع السابق) ص ٢٠٢ ، ٢٠٣

(٣) « الحديث والمحدثون » للأستاذ محمد محمد أبي زهو (المرجع السابق) ص ٢٥ ولا يفوتنا
هنا أن نذكر أن هناك بعضا يتكبرون حجية السنة بأنواعها الثلاثة أي حتى المتواتر منها حين
لا ترد بيانا لما في القرآن أو مؤكدة له وإنما تأتي بحكم مستقل، وكان ذلك الإنكار لحجية السنة
منذ بداية القرن الثاني الهجري - راجع كتاب « السنة » ص ١٥٣

كانت تحيط بسنة الآحاد ، وأن ذلك التشدد الذي كان يجري على سنته الخلفاء الراشدون (اللهم الا عثمان) أو غيرهم ازاء قبوله سنة الآحاد انما كان ذلك قبل أن يقوم الامام البخارى (وتلميذه الامام مسلم) بتلك الجهود الكبيرة في القرن الثالث الهجرى للتأكد من صحة الأحاديث وجمع الصحيح منها ، فالمعروف عن الامام البخارى مثلاً أنه قضى ستة عشر عاماً في تصنيف كتابه المشهور « الجامع الصحيح » ، وكان بالغ الدقة في اختيار الأحاديث بعد تتبع سير روايتها والتأكد من صدقهم ونزاهتهم ، والأخذ بتلك القواعد القويمة التي سبقت الإشارة إليها ، كما كان يشترط في الصحابي الذي يروى الحديث أن يكون — كما قلنا — صحابياً مشهوراً وله راويان فقتان (١).

ودفعاً لهذا الاعتراض نقرر أنه رغمًا عن أن ذلك كله مما لا سبيل الى انكاره ، فإنه لا سبيل كذلك من الناحية الأخرى الى انكار الحقائق التالية :

(١) ان الامام ابن حنبل — وقد كان معاصراً للامام البخارى — لم يشهد بالصحة لأربعة أحاديث مما جمعه البخارى في كتابه « الجامع الصحيح » (٢) .

(ب) أن علماء الحديث انتقلوا البخارى في مائة وعشر من الأحاديث (٣) .

(ج) أن الامام مسلم لم يوافق البخارى على جميع ما جمعه من الأحاديث بل اختلف معه في بعضها (٤) .

(١) « الحديث والمحدثون » (المرجع السابق) ص ٣٧٨ ، ٣٨٤ ، ٣٨٥

وراجع ص ٣٥٥ حيث يقول المؤلف : « كان البخارى رحمه الله في غاية الحياء والشجاعة والسخاء والورع والزهدة في الدنيا شريف النفس بعيداً عن الأمراء والباطلين حتى أن أمير بخارى خالد بن أحمد النحل طلب اليه أن يحضر ليستمع أولاده منه فأبى أن يذهب ، وقال : « في بيته يؤق العلم » فأراد الأمير أن يصرف الناس عن السماع منه فلم يقبلوا من الأمير فأمره عند ذلك بنفيه »

(٢) « الحديث والمحدثون » (المرجع السابق) ص ٣٧٨ حيث يقول المؤلف أن البخارى لما عرض كتابه على الامام ابن حنبل وغيره « استحسنوه وشملوا له بالصحة الا في أربعة أحاديث » .

(٣) ، (٤) « الحديث والمحدثون » (المرجع السابق) ص ٣٩٠ ، وراجع « السنة » للاستاذ الدكتور السبكي (المرجع السابق) ص ٥٠١

(د) يرى جمهور العلماء أن كتاب البخارى وأن كان بعد أصح كتب مجاميع الأحاديث بل - وعلى حد تعبيرهم - « أصح كتاب بعد كتاب الله تعالى » ، إلا أنهم يرون رغم ذلك أن أن ما جمعه من أحاديث الآحاد لا تفيد إلا الظن ، أى لا تفيد اليقين (١) .

وهنا تجدر بنا الإشارة الى أن أحاديث الآحاد تشمل الغالبية العظمى لما جمع من الأحاديث التى جمعها أئمة الحديث ، أما المتواتر من السنة القولية فنقل وقد اختلف فى بيان عدده ، ويقولون أن عدده لم يتجاوز عشرة أحاديث أما المتواتر من السنة العملية فكثير (٢) .

المقصود : أنه لا يصح - فى ميدان القانون الدستورى - أن نقبل سنة الآحاد حين تكون سنة مستقلة (أى سنة تأتى بمبدأ أو حكم جديد لم ينص عليه فى القرآن) مثل حديث « الأئمة من قریش » ، ويصح - فيما نرى - أن نأخذ فى هذا المقام بالسنة المشهورة بشرط أن يكون الحديث منقولاً عن اثنين من كبار الصحابة ، ولا موضع لأن يؤخذ علينا اشتراطنا هذا هذا الشرط ، فلقد كان بشرطه أحياناً - كما قدمنا - خليفان عظيمان هما أبو بكر وعمر ، ولقد كانا يشترطانه فى رواية أحاديث تروى بصدد بعض مسائل أو تشريعات عادية نقل كثيراً فى الخطورة والأهمية عن التشريعات الدستورية . والسنة المشهورة - كما يقولون - تعد قريبة من اليقين ، وفى رأيي أننا حين نشترط ذلك الشرط نرفع بها الى مرتبة اليقين .

(١) « السنة » للدكتور السباعى ص ٥٠٢ ، و« الحديث والمحدثون » (المرجع السابق)

(٢) راجع « محاضرات فى أسباب اختلاف الفقهاء » للأستاذ الشيخ على الخفيف (رئيس قسم الشريعة سابقاً بكلية الحقوق بجامعة القاهرة) ألقاها على طلبة قسم الدراسات الدينية بمعهد الدراسات العربية العالية ، طبعت ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ م صفحة ٤٢

ويلاحظ أن كبار الصحابة كانوا قليلي العدد اذ كانوا لا يتجاوزون العشرين (مثل أبي بكر وعمر وعلى وعبد الرحمن بن عوف وعبد الله بن مسعود وأبي هريره) (١)

ومن البين أنه يجب من باب أولى أن نأخذ في هذا المقام بالسنة المتواترة ولكن يجب ألا يفوتنا — كما قدمنا — أنها قليلة العدد (٢) .

— ٢ —

ما يعر من سنة الأهل المرسومة تشريعا عاما

نمير — أن آيات الأحكام تعد — كقاعدة عامة — تشريعا عاما ، أى أنها صادرة لجميع المسلمين في كل حين ، أى ذات صبغة أبدية (٣) ، أما أحاديث

(١) ويعد كذلك من كبار الصحابة : أبو سعيد الخدري ، وجابر بن عبد الله ، وأنس بن مالك والسيدة عائشة أم المؤمنين ، وعبد الله بن عباس ، وعبد الله بن عمر بن الخطاب ، عبد الله بن عمرو بن العاص ، وأبو موسى الأشعري ، وابن الزبير وسعد بن أبي وقاص ، وطلحة ، ومعاذ بن جبل ، وأبو عبيدة الجراح . وقد يرى البعض أن عدد كبار الصحابة يزيد قليلا عن ذلك العدد (أى عن العشرين) — ولقد كان يبلغ عدد الصحابة (الذين رووا أحاديث عن الرسول) ١١٤ ألف صحابي — راجع فيما تقدم كتاب « الحديث والمحدثون » ص ١٣٢ — ١٤٩ ، وأنه ليند أن هذا العدد بولغ فيه كثيرا — ويلاحظ بوجه عام أن كبار الصحابة (ما عدا عمر وعلياً) كانوا أقل رواية للحديث من صفار الصحابة (المراجع السابق ص ١٤٩) .

(٢) نلاحظ أن علماء الشريعة يأخذون ببعض أنواع السنة دون البعض الآخر في مسائل معينة ، فثلا المسائل المتصلة بالمقائد التى يتوقف عليها صحة الاسلام (كالايمان بوجود الله ووحدةانيته ووصفه بأوصاف الكمال والجلال ، وكالايمان بملأكة الله وكتبه ورسله وبالبعث بعد الموت الخ...) لا تثبت الا بصريح العقل ونصوص القرآن والسنة المتواترة — راجع في ذلك كتاب « الحديث والمحدثون » ص ١٢١ ، ٢١٣

(٣) على أننا اذا كنا لانعرف أحكاما شرعية جاء بها القرآن وقصد بها زمان معين ، أى لا تعد تشريعا عاما ، الا أننا نجد بعض آيات قرآنية خوطب بها أهل زمان معين وهم أهل ذلك الزمن الذى نزل فيه القرآن ، لنذكر فذلك مثلا : تلك الآية الكريمة : « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا » . ويقول الامام الأئمة (فى كتابه الاحكام ص ١٠٨ ، ١٠٩) تعليقا على هذه الآية : « ان الخطاب أما أن يكون مع جميع أمة محمد الى يوم القيامة وأما مع الموجودين فى وقت الخطاب .. الخ » .

الأحكام فأن منها - كما قدمنا - ما يعد تشريعاً عاماً كذلك ومنها ما يعد بالعكس ذا صبغة وقتية أى أنها لا تمتد الى ما بعد عصر الرسول . ولهذا البحث أهميته الكبرى اذ أننا حين نريد أن نعرف المصادر الدستورية فى الشريعة الإسلامية نرى عصرنا هذا فإنه يجب أن تكون السنة من النوع الأول أى أنها تعد تشريعاً عاماً . فاذا نظرنا الى سنة الأحكام الدستورية (أى الى السنة التى تتعلق بمواضيع القانون الدستورى) فأننا نستطيع القول أنها كمعادلة عامة لا تعد تشريعاً عاماً .

فعلماء الشريعة الذين عرضوا لبحث ما يعد وما لا يعد من السنة تشريعاً عاماً (مثل الإمام القرائى المالكي والأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت) نجدهم يقررون أن ما يصدر من الرسول باعتبار ماله من الامامة والرياسة العامة لجماعة المسلمين لا يعد تشريعاً عاماً لأنه انما ينبى على المصلحة القائمة فى عصره (أى عصر الرسول) (١) ومن الأمور البينة بل والبديهية - فيما يبدو لنا - أنه تدخل تحت هذا الاعتبار أو هذه الصفة سنن الاحكام الدستورية .

وبما ذكره الأستاذ الكبير الشيخ خلاف - بصدد كلامه عن النصوص التشريعية فى السنة (أو « سنة الأحكام ») أنه « اذا دلت القرينة القاطعة على أنه تشريع مراعى فيه حال اليبثات الخاصة فهو تشريع زمنى يطبق فى مثل بيئته ، وان لم تقم القرينة القاطعة على هذا فهو تشريع عام » (٢) - ومن الأمور

(١) ذلك هو ما ذكره الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت فى كتابه : « الاسلام عقيدة وشريعة » ص ٤٢٢ ، كما ذكره الامام القرائى المالكي (فى مؤلفه : « الأحكام فى الفرق بين الفتاوى والأحكام وتصرفات القاضى والامام » ص ٢٣ وما بعدها) وكتابه « الفروق والفرق السادس والثلاثين » ص ١ ص ٢٠٥ ، وقد أشار الى هذا المؤلف الأستاذ الشيخ شلى فى بحث له بعنوان « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » منشور بمجلة الحقوق (بالعدد الأول والثانى سنة ١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ١٢٩ - ١٣١

(٢) راجع فى ذلك مقالاً للأستاذ الشيخ خلاف بعنوان « مصادر التشريع الإسلامى مره » منشور بمجلة القانون والاقتصاد عدد ابريل - مايو ١٩٤٥ ص ٢٥٤ ويذكر الشيخ خلاف مثلاً لما تقدم قول الرسول : « خالفوا المشركين : وفروا للهِ وأخفوا الشوارب » ثم يقول الأستاذ الكبير تعليقاً على هذا الحديث : « فى نفس صيغة النص ما يدل على أنه تشريع زمنى رومى فيه زى المشركين وقت التشريع والقصد الى مخالفتهم فيه ، وأزياء الناس لاستقرارها » ثم يضيف الى ما تقدم « على ضوء هذا البيان يتجلى أن النصوص التشريعية فى السنة ليست حقبة فى سبيل التطور التشريعى لأنها اذا قام الدليل على أن مائع لمصلحة خاصة زمنية دار الحكم مع هذه المصلحة وجوداً وعلناً » ثم يذكر الشيخ خلاف ما قلناه عصر مع « المؤلفات قلوبهم » .

البيئة بل والبدئية أن التشريع الدستوري (أى التشريع الخاص بنظام الحكم) هو « تشريع مراعى فيه حال البيئة الخاصة بزمان التشريع » ، ولذلك نجد أنه في كل زمان ومكان يختلف باختلاف البيئة وهي دائما تختلف باختلاف الزمان والمكان ، اللهم الا اذا استثنينا بعض الجماعات البدائية الهمجية (التي يطلق عليها العشائر التوتمية) والتي تعيش في أواسط صحارى استراليا في عزلة تامة عن العالم (١) .

ومما يذكره علماء الشريعة أن تصرفات الرسول باعتباره اماما لا يجوز لأحد أن يقدم على فعلها الا بأذن الامام (أى سلطات الحكم) لأن الرسول انما يأتي تلك التصرفات أو السنن بصفته اماما لا بصفته رسولا (٢) ، بعبارة أخرى أنه لا يجوز لأحد في عصرنا هذا أن يأتي بتصرف من تلك التصرفات بحجة أنه سنة عن الرسول ، بل يجب أن يصدر به تشريع أو قرار من السلطة الحاكمة المختصة ، أو على حد تعبير علماء الشريعة « بأذن الامام » (أى بأذن رئيس الدولة) وكذلك فإن ما يصدر عن الرسول بصفته قاضيا لا يجوز لأحد أن يأتيه الا بحكم قضائي ، اذ يجب ألا يفوتنا أن ما يصدر عن الرسول بتلك الصفة (أى بصفته قاضيا) لا يعد تشريعا عاما (٣) .

السنة الأخلاقية والدستورية — نلاحظ أن ثمة سننا تتصل بمبادئ ذات صبغة اخلاقية وفي الوقت ذاته تعد من سنن الأحكام الدستورية مثل الأحاديث التي تحض على الأخذ بمبادئ الشورى والمساواة والتعاون (أو ما يطلق عليه في الفقه الحديث « الحقوق الاجتماعية » كحق العامل في اعانة في حالة الشيخوخة والمرضى ورعاية الأمومة والطفولة وغير ذلك من الأحكام التي

(١) راجع ما كتبناه من « المشار التوتمية » في أى مؤلف من مؤلفاتنا في « القانون الدستوري » تحت موضوع « أصل نشأة الدولة » .

(٢) « الاسلام حقيلة وشرعية » (المرجع السابق) ص ٤٢٨

(٣) ذلك ما ذكره الامام القراني المالكي في كتابه « الفروق في الفرق » وكان ذلك نقلا من بحث الأستاذ الشيخ شلي (المشار اليه) ص ١٣٠ ، ١٣١

أصبحت تنص عليها اللساتير الحديثة لا سيما دساتير ما بعد الحرب العالمية الثانية (هذه السنن تعد - فيما يبدو لنا - تشريعا عاما ، وذلك لانصافها بمبادئ الأخلاق ، ولقد ذكر علماء الشريعة - كما قدمنا - أنه يعد من أحكام السنة تشريعا عاما « ما يصدر عن الرسول بصفته رسولا كأن يبين شأننا متصلا بالأخلاق (١) » . على أنه يلاحظ أن هذه السنن المتصلة بالأخلاق ليست سننا مستقلة، فهي لم تأت عادة الامينة أو مؤكدة لما ورد في القرآن بهذا الصدد أى أنها ليست سننا مستقلة تأتى بأحكام جديدة . ويجدر بنا هنا أن نوجه الانظار الى أن القرآن لم يأت - في ميدان الأحكام الدستورية - (كما يقرر الشيخ خلاف) الا بمبادئ عامة تصلح لكل زمان ومكان تاركا تفصيل تلك الأحكام لتراعى فيها كل أمة ما يلائم حالها وتقتضيه مصالحها ، فالسنن الأخلاقية الدستورية انى نعنينا ونحدث عنها هنا انما هى تلك التى كانت لها كذلك هذه الصفة ، أى تلك التى جاءت مؤيدة ومؤكدة تلك المبادئ الدستورية الأخلاقية العامة التى نزل بها القرآن .

ولا يفوتنا هنا ملاحظة أن ما يعد تشريعا عاما يعد ملزما لجميع المسلمين في كل حين سواء كانوا حكاما أو محكومين ، بعبارة أخرى أن عدم قيام الحكام بتطبيق تلك الأحكام - اللهم الا في حالة الضرورة - يعد انتهاكا لحزمة مبادئ الاسلام .

ولا يفوتنا في مقام الختام أن نذكر أنه لا يوجد في بعض المسائل فاصل دقيق بين ما يعد متصلا أو غير متصل بالمبادئ الأخلاقية ، كما أنه لا يوجد أحيانا فاصل دقيق بين ما يعد وما لا يعد تشريعا عاما من أحكام السنة ، والخلط بين هذين النوعين - كما قدمنا - هو من أسباب الخلاف بين علماء الشريعة (٢) .

(١) الاسلام حقيقة وشريعة (المرجع السابق) ص ٤٢٨

(٢) « تحليل الأحكام » للاستاذ الشيخ شلى ص ٣١٩ ، وراجع بحثنا هذا ص ٥٨ هامش ١ ، « والاسلام حقيقة وشريعة » (المرجع السابق ص ٤٢٩)

انتهينا فيما تقدم من الكلام عن المصدرين الأولين الأساسيين للأحكام الشرعية الدستورية ، بل ولتختلف أنواع الأحكام الشرعية : وهما القرآن والسنة .

ونرى أنه يجب في هذا المقام — مقام بيان مصادر الأحكام الشرعية الدستورية — أن نضيف مصدراً ثالثاً تبعياً : ذلك هو التشريع الدستوري الصادر من أولى الأمر في نطاق مبادئ الشريعة الإسلامية .

فلنتقل اذا الى الكلام عن هذا المصدر الثالث .

— ٣ —

التشريع الدستوري الصادر من « أولى الأمر »

أورد مجيبه التشريع الصادر من أولى الأمر (سواء لانه تشريعاً دستورياً أو عادياً)

أهم تلك الأدلة التي تبين هذه الحجية — وأن كانت في الواقع لا يعوزها البيان — تلخص في تلك الآية الكريمة المعروفة : « أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » .

— فنحن هم « أولو الأمر » ؟ انهم — كما يقول علماء الشريعة — فريقان :

(١) أولو الأمر الديني وهم المجتهدون وأهل الفتيا

(ب) وأولو الأمر الدنيوي — وهم الذين يعيننا هنا أمرهم في هذا المقام — هم من نطلق عليهم في العصر الحديث « الحكام » ، أى رجال السلطين التشريعية والتنفيذية ، أو رئيس الدولة (سواء كان يطلق عليه وصف خليفة أو رئيس جمهورية أو سلطان أو ملك أو أمير) حين يجمع ذلك الرئيس بين السلطين التشريعية والتنفيذية ، ويستعين ببعض الأعوان (كالوزراء والولاة) .

وسلطة التشريع في الشئون الدستورية تتولاها عادة في العصر الحديث هيئات نيابة منتخبة من الشعب يطلق عليها « الجمعية الوطنية » أو « الجمعية التأسيسية » كما يتولاها أحيانا رئيس الدولة ، وهو قد يكلف « لجنة دستورية » عين أعضاها لتحضير مشروعات تلك التشريعات الدستورية ، كما أن تلك التشريعات الصادرة من تلك الهيئات النيابية أو من رئيس الدولة قد يراعى فيها أحيانا عرضها — قبل صدورها — على الاستفتاء الشعبي (١) .

وبعد وفاة الرسول كان يتولى تلك السلطة الخليفة أو الولاة في مختلف الأمصار ، وذلك فيما عدا الحالات التي يجمع فيها الصحابة على أمر (٢) .

ويرى بعض علماء الشريعة أن عبارة « أولى الأمر » في هذه الآية تشمل كذلك القضاة وأمرأء السرية (أى قادة الجيوش) ولكننا نلاحظ أن هؤلاء إنما يتم تعيينهم بواسطة رئيس الدولة ، فطاعة هؤلاء تعد إذاً في الواقع داخله في طاعة الرئيس ، وهو من « أولى الأمر » ، بل وقد يكون أحيانا وحده — كما قدمنا — هو « ولى الأمر » (٣)

(١) لزيادة التفصيل يحدد موضوع « أساليب نشأة الساتير » راجع كتابنا « المفضل في القانون الدستوري » (طبعة ١٩٥٢) ج ١ ص ٨٢ — ١٢٢

(٢) راجع في ذلك « أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامى » (المرجع السابق ذكره ص ٢٩٤ — ٣٠٤) .

وكذلك « محاضرات في أسباب اختلاف الفقهاء » (طبعة ١٩٥٦) للأستاذ الشيخ حل الخفيف حيث يذكر بصدد الكلام عن الفترة التي أعقبت وفاة الرسول (ص ٢٠٣ ، ٢٠٤) أن « ما اختلفوا فيه فالى الخليفة أمره »

(٣) وجوه الاختلاف في تعريف « أولى الأمر » — يلاحظ أن تعريف « أولى الأمر » في تلك الآية القرآنية كان موضع خلاف غير قليل بين علماء الشريعة . وذلك التعريف الذى قمنا به اقتبسناه من بعض منهم (عن الأستاذ الشيخ خلاف وعن تفسير الرازى) وذلك بعد أن قمنا بصياغته بأسلوب رجال الفقه الوضعى الحديث .

وبحسب بنا هنا أن نعرض تلك التعاريف المختلفة التي ذكرها علماء الشريعة « لأولى الأمر » في تلك الآية :

مردود طاعة أولى الأمر - أن الطاعة إنما تجب على الأفراد في حدود أحكام الشريعة الإسلامية كما بينها القرآن والسنة ، وفي ذلك يقول الأستاذ

== يقول الأستاذ الشيخ خلاف تفسيراً « لأولى الأمر » (في كتابه « أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي » ص ٤٩) : « أن لفظ الأمر معناه الشأن وهو عام يشمل الأمر الديني والأمر الدنيوي . وأولو الأمر الدنيوي هم الملوك والأمراء والولاة ، وأولو الأمر الديني هم المجتهدون وأهل الفتيا ، وقد فسر بعض المفسرين وحل رأسهم ابن عباس أولى الأمر في هذه الآية بالعلماء ، وفسرهم آخرون بالأمراء والولاة ، والظاهر التفسير بما يشمل الجميع وبما يوجب طاعة كل فريق فيما هو من شأنه ، وورد في كتاب « الخلافة والإمامة المنطوية » طبعة ١٣٤١ هـ (١٩٢٢م) للأستاذ الكبير السيد محمد رشيد رضا قوله (ص ١٥) بصدد تفسير الإمام الرازي لهذه الآية أنه كان يرى « أن المراد بأولو الأمر أهل الحل والعقد الذين يمثلون سلطة الأمة ، وقد تابعه (أي تابع الرازي) حل هذا النيبابوري ، واختاره الأستاذ الإمام » (يقصد الشيخ محمد عبده) ، أي أنهم - كما يقول السيد رشيد رضا « أهل الشورى من زعماء المسلمين » .

وورد في كتاب الإمام محمد بن حل الشوكاني : « ألقول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد » (طبعة ١٣٤٠ هـ) ص ١٢ « أن للمفسرين في تفسير أولى الأمر قولين : أحدهما أنهم الأمراء (يقصد الولاة) والثاني أنهم العلماء » .

وورد في كتاب للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة بعنوان « ابن حزم » (طبعة ١٩٥٤) ص ٢٥٠ بأن الأكثرين من فقهاء التابعين ومن جاء بعدهم فسروا أولى الأمر بأنهم العلماء .

وورد في كتاب « الإسلام وأصول الحكم » للأستاذ علي عبد الرازق (الطبعة الثانية ١٣٤٤ هـ ١٩٢٥م) ص ١٤ ، ١٥ أنه يقصد بأولو الأمر في تلك الآية (طبقاً لشرح البيضاوي) « أمراء المسلمين في عهد الرسول وبعده ويتدرج فيهم الخلفاء والقضاة وأمراء السرية ... وقيل علماء الشرع لقوله تعالى « ولو ردهو إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم » .

ونجد الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت (في مؤلفه : « الإسلام عقيدة وشريعة » طبعة ١٣٧٩ هـ ١٩٥٩م ص ٣٧٢) يعرف أولى الأمر بأنهم « أهل النظر الذين عرفوا في الأمة بكال الاختصاص في بحث الشؤون وإدراك المصالح والقيود عليها » ، ثم يضيف إلى ما تقدم قوله بأن « طاعتهم هي الأغذى بما يتفقون عليه في المسألة ذات النظر والاجتهاد ، أو بما فيها من طريق الأغلبية أو قوة البرهان » - ومن ذلك يرى أن فضيلته يشترط في «أولى الأمر» ثلاثة شروط :

(أولاً) أن يكونوا من ذوي الخبرة في بحث ما يعرض عليهم من شئون .

(ثانياً) أن يكونوا من ذوي الإدراك لمصالح الشعب والدراسة العامة بأحواله .

(ثالثاً) أن يكونوا ذوي غيرة على المصالح العام . وسوف نمود إلى هذه النقطة بشيء من التفصيل ، لدى معالجة موضوع « مبادئ نظام الحكم في الإسلام » .

وذكر الأستاذ الأكبر الشيخ المراغي (في كتابه « الاجتهاد في الإسلام » ص ٥٧) « اختلف في أولى الأمر فقيل هم الأمراء وقيل هم العلماء ، وهما روايتان من الإمام أحمد ، والتحقق أن الآية تتناول المصالحين ، وطاعتهم من طاعة الرسول » .

الأكبر الشيخ المراغي . « لقد صح عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » ، وقال في ولاية الأمور : « من أمركم منهم بمعصية الله فلا سمع له ولا طاعة (١) » .

ملحوظة ختامية : قبل أن نختم هذا الموضوع نود أن ندلي في هذا الصدد بملاحظاتين :

(الأولى) نلاحظ أن علماء الأصول وقد ذكروا « الإجماع » بين مصادر الأحكام الشرعية (أو « أدلة الأحكام » على حد تعبيرهم) قد فاتهم أن يذكروا بين تلك المصادر التشريعات الصادرة من أولى الأمر ، في نطاق مبادئ الشريعة الإسلامية .

ونلاحظ (ثانياً) أن بعض علماء الشريعة يستعملون أحياناً في كتاباتهم – لا سيما في عهد ما قبل الثورة – اصطلاح « ولى الأمر » أى بصيغة المفرد ، وهم يعنون به رئيس الدولة ، مع أن القرآن الكريم لم يستعمل بتاتا هذا الاصطلاح بهذه الصيغة ، بل كان دائماً لا يذكر الا « أولى الأمر » بصيغة الجمع (٢) .

هذه الملاحظة ليست كما قد يظن مجرد مسألة شكلية ، بل هى تنطوى على مغزى جوهري هو أن الاسلام لا يقر لفرد أن يستأثر وحده بجميع سلطات الحكم ، أو بالاجتهاد والفتيا في الشؤون الدينية (٣) .

(١) « الاجتهاد في الاسلام » للأستاذ الشيخ المراغي (الرجع السابق) ص ٥٧

(٢) ذلك أيضاً كما في قوله تعالى : « لو رددوه الى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعله الذين يستنبطونه منهم » – ونلاحظ أن « أولى الأمر » في هذه الآية إنما يقصد بهم (كما يقول الزمخشري في « الكشاف ») « كبار الصحابة البصراء بالأمور » كان هذا نقلاً عن كتاب الأستاذ حل صيد الرأى (الرجع السابق ص ١٥) .

(٣) نلاحظ أن استعمال اصطلاح « ولى الأمر » للإشارة الى رئيس الدولة كان كثير النجوم في مصر قبل ثورة ١٩١٩ ، حيث كان يوصف الخديوى أو السلطان أو الملك « بولى الأمر » وكذلك « بولى القوم » وكانت توصف الرتب والنياشين بأنها « انعامات » .

أما وقد انتهينا من بيان مصادر الأحكام الشرعية الدستورية في العصر الحديث وهي : القرآن والسنة والتشريع الدستوري الصادر من أولى الأمر ، فأنتقل الى الكلام عن تلك المصادر الأخرى من مصادر الشريعة لثنتين الأسباب التي تدعونا الى عدم قبولها بين مصادر الأحكام الشرعية الدستورية في العصر الحديث .

الفرع الثاني

المصادر الأخرى للشريعة وميدان الاحكام الدستورية

سنين فيما يلي أن المصادر الأخرى — كما ذكرها علماء الشريعة لامكان لها بين مصادر الأحكام الشرعية الدستورية في هذا العصر .

١ — الإجماع

تعريف : الإجماع — كما قلنا — هو المصدر الثالث للشريعة الإسلامية ، بعد القرآن والسنة ، فهل يجوز لنا أن نعهده كذلك المصدر الثالث من مصادر الأحكام الدستورية في الشريعة الإسلامية في العصر الحديث ؟ وهل يصح أن يعد الإجماع الذي حدث بصدد الأحكام الدستورية في عصر من العصور الماضية حجة ملزمة لنا في عصرنا ؟

المطلب الأول

بحث في هل يعد الإجماع من مصادر الاحكام الدستورية في هذا العصر
الرأى عندى أنه لامكان للإجماع في العصر الحديث بين مصادر الشريعة الإسلامية وبخاصة بصدد الأحكام الشرعية الدستورية :

(فأولاً) أن موضوع الإجماع (أو) المجتهد فيه « على حد تعبير علماء الشريعة) يجب أن يكون — كما يقول الامام الغزالي — « أمراً من الأمور الدينية » (١) — ومن البين أن الأحكام الدستورية لا تعد من الأمور الدينية .

(١) « المستفتى » للامام الغزالي ج ١ ص ١١٠

وإذا اعترض علينا بأن بعض الأحكام الدستورية تعد في نظر بعض علماء الشريعة من الأمور الدينية ، أو إذا اعترض بأن الغزالي لم يؤيده في هذا الرأي أحد من كبار الأئمة ، فإن الإجماع لا يمكن مع ذلك أن يكون له مكان في العصر الحديث وبخاصة بصدد الأحكام الدستورية ، للأسباب التي سنوردها بعد (١) .

(ثانياً) من أجل أن يكون ثمة إجماع - طبقاً لما يشترطه الأصوليون - يجب أن يكون ثمة اتفاق بين جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية ، أي سواء كانوا في أقطار إسلامية أو غير إسلامية . « وأن محققى العلماء - كما يقول الأستاذ الأكبر الشيخ المراغى - يرون استحالة الإجماع ونقله بعد القرون الثلاثة (الهجرية) الأولى نظراً لتفرق العلماء في مشارق الأرض ومغاربها واستحالة الاحاطة بهم وبآرائهم عادة » ، ثم يضيف الأستاذ المراغى الى ذلك قوله : « وهذا رأى واضح كل الوضوح لا يصح لعادل أن ينازع فيه » (٢) والواقع أننا نجد الكثير من علماء الشريعة في العصر الحديث يعتنقون هذا الرأي (٣)

(١) يلاحظ أننا لا نعرف أحداً من كبار الأئمة عرف عنه رأى يخالف لما ذكره الغزالي اللهم الا الامام الآمى حيث ذكر في كتابه « أصول الأحكام » ج ١ ص ١٠١ ما نصه : « أنه يلزم من تقيد الغزالي للإجماع بالاتفاق حل أمر من الأمور الدينية ألا يكون إجماع الأمة على قضية عقلية أو عرفية حجة شرعية وليس كذلك ... الخ » .

(٢) « الاجتهاد في الاسلام » (المراجع السابق) ص ٢٦ للأستاذ الشيخ مصطفى المراغى .

(٣) نذكر في مقالة هؤلاء العلماء الأستاذ الأكبر الشيخ ثلثوت حيث يقول (في كتابه « الاسلام عقيدة وشرعية » ص ٧٤) « أن تفسير الإجماع بأنه اتفاق جميع مجتهدى الأمة في عصر من العصور هو تفسير نظرى بحث لا يقع ولا يتحقق به تشريع » ، ونذكر كذلك الأستاذ الشيخ خلاف الذى يرى استحالة قيام الإجماع منذ مقتل الخليفة عثمان (كما سنبين تفصيلاً فيما بعد) ونجده (في بحث له بعنوان : « مصادر التشريع الإسلامى مرته » نشر بمجلة المآثور والإقتصاد عدد ما ي ١٩٤٥ ص ٢٦٣) يقول ما نصه : « أن علماء المسلمين رسموا الإجماع بصورة لا سبيل أن لا تتحقق في الوجود ، ومموه بأنه اتفاق جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية » .

ونذكر كذلك الأستاذ الشيخ شلى الذى ذهب الى أبعد ما ذهب اليه الأستاذ الشيخ خلاف ، حيث ذكر (في مؤلفه « المسئل في التعريف بالفقه الإسلامى » طبعه ١٩٥٩ ص ١٦٨) أن الإجماع كان يمكن التحقق في عهد الخلفيتين أب بكر وعمر ، ومع ذلك فقه ثبت (كما يقول) « وأن بعض »

بل أن بعضهم ليرى استحالة قيام الإجماع ليس فحسب بعد القرون الثلاثة الأولى ، بل يرى استحالة قبل ذلك ، ومنذ قبيل منتصف القرن الأول (الهجري) حين حدث ذلك الانقسام الخطير الذي فرق ما بين المسلمين الى عدة طوائف بعد مقتل الخليفة عثمان بن عفان ومبايعة علي بالخلافة ومنازعة معاوية له أباها اشتعال الحرب بين الفريقين ، هذا الانقسام الذي بدأ سياسيا بشأن الخلافة والخليفة ثم انقلب دينيا ، قد ترتب عليه انقسام المسلمين الى ثلاث طوائف أو احزاب : الخوارج ، والشيعة ، وأهل السنة والجماعة وهم غالبية الأمة (أو «جمهور الأمة» على حد تعبير علماء الشريعة) (١) ، ولقد كان الشيعة يذهبون الى اعتبار إجماع مجتهداتهم وحدهم ، ولا يأخذون بإجماع غيرهم من المجتهدين (٢) .

ومن المأثور عن الامام ابن حنبل قوله : « من ادعى الإجماع فهو كاذب » (٣)

= ما قيل انهم أجمعوا عليه كان رأى الأغلبية . وأما بعد ذلك العصر فقد أصبح من المتعذر إمكان الاتفاق بصورة إجماعية . نوجه الأنظار الى أن الأستاذ الزميل انما ينى أنه لم يكن يحضر الإجماع سوى أغلبية الصحابة المجتهدين ، وبناء على ذلك فان ما كان يحدث من « إجماع » في ذلك الإجماع انما كان إجماع الأغلبية لا إجماع الجميع كما يشترط علماء الأصول .

وراجع « محاضرات في أسباب اختلاف الفقهاء » (طبعة ١٩٥٦) ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ للأستاذ الشيخ على الخفيف حيث يقول : « ان الإجماع على الوضع الذي انتهى اليه الفقهاء أخيرا من أنه إجماع المجتهدين في عصر من الأعصر من أمة محمد على حكم شرعي - لم يوجد . وفي ذلك يقول الامام ابن تيمية (في رسالته « رفع الملام عن الأئمة الأعلام ») : « كثير أ ما يدعى الإجماع على حكم من الأحكام وليس هو في الغالب إلا عدم العلم بالخالف » .

(١) راجع « علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامي » (طبعة ١٩٥٢ ص ٣٠٥) للأستاذ الشيخ خلاف .

(٢) « المسائل لدراسة الفقه الاسلامي » (طبعة ١٩٦١ ص ١٩١) للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى

(٣) « الاجتهاد في الاسلام » للأستاذ الأكبر الشيخ المراغي ص ٢٦ ، و« الاسلام عقيدة وشرعية » (المراجع السابق) ص ٦٢ - ونلاحظ أن الأستاذ الشيخ شلبى في بحثه : « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » المنشور بمجلة الحقوق بالعديد الأول والثاني ١٩٥٩ - ١٩٦٠ قد نسب هذه العبارة الشهيرة « من ادعى الإجماع فهو كاذب » الى الامام الشافعي لا الى ابن حنبل

بعض الاعتراضات ودفعها :

هناك بعض الاعتراضات التي يصح أن يعترض بها على الرأي القائل باستحالة انعقاد الإجماع في العصر الحديث، ولا تعرف من هذه الاعتراضات مما يجدر ذكره سوى اعتراضين :

الاعتراض الأول : قد يرى البعض أن انعقاد الإجماع أمر مستطاع في العصر الحديث إذا نحن أخذنا بالإجماع الضمني (أو الإجماع السكوتي) على حد تعبير علماء الشريعة). وعلماء الحنفية - كما قدمنا - يأخذون بهذا النوع من الإجماع الذي لا يشترط فيه - كما هو معلوم - معرفة رأى المهتدين في الأمة الإسلامية ، إنما يكفي فيه إذا عرف رأى بعضهم في مسألة من المسائل ألا يعرف رأى مخالف لبقية المهتدين .

ودفعاً لهذا الاعتراض نقول أن هذا الإجماع الضمني (أو السكوتي) على حد تعبيرهم) كان مفهوماً ومعقولا ومقبولا في صدر الاسلام في عهد الخلفاء الراشدين (لأسيا في عهد أبي بكر وعمر وعثمان قبل الفتنة) وبالطريقة التي كان يتم بها الإجماع في ذلك الحين لا بالصورة التي رسمها الأصوليون فيما بعد ، أي بعد ذلك العهد ، وهي الصورة التي لا تزال معروفة حتى اليوم عن الإجماع في مؤلفات علماء الشريعة . ففي ذلك العهد (عهد الخلفاء الراشدين) كان الخليفة حين يعلن في بعض خطبه لاسيا يوم الجمعة بعض القواعد القانونية (أي بعض الأحكام الشرعية) فقد كان يعد سكوت الصحابة المجتمعين بمثابة موافقه إجماعية ، كان ذلك أمراً معقولا مقبولا لأن الصحابة المجتمعين كانوا عبارة عن كافة المهتدين أو غالبيتهم في المدينة ، وكان الخلفاء الراشدون أنفسهم يعدون من المهتدين ، وكانت حرية الرأي مكفولة للمعارضين ، وكان من واجبات كل مجتهد أن يبدي معارضته أو نقده لأخطاء غيره من

= كما ورد في مؤلفات علماء الشريعة ، حل أننا نجد في كتابه «المدخل في التبريد بالفقه الاسلامي» ص ١٦٩ بالهامش قد نسب هذه العبارة لابن حنبل ، ولا ندرى لعل للامام الشافعي عبارة مماثلة ، فلقد ذكر الأستاذ الشيخ علي في موضع آخر من ذلك الكتاب («المدخل» ص ١٦٨ بالهامش رقم ٢) أن الشافعي كذلك لم يجزم بتحقيق الإجماع مع اعتراؤه به كدليل أن وجد .

المجتهدين ، ولو كان ذلك الغير أحد الخلفاء الراشدين فكان مقبولا ومعقولا في مثل تلك الظروف أن يعد سكوت الحاضرين موافقة إجماعية (١) . ثم أن الإجماع الذي كان معروفا في عهد الخلفاء الراشدين لم يكن إجماع المجتهدين في الأمة الإسلامية جميعا كما صوره لنا الأصوليون فيما بعد إنما كان إجماعا متواضعا الى حد بعيد بل أبعد حد ، أو بعبارة أصح حتى أضيق حد ، فلقد كان في الواقع عبارة عن مجرد إجماع المجتهدين المقيمين « بالمدينة » (مدينة الرسول) والتي كانت مقر الخليفة وموطن إقامة الكثيرين من الصحابة المجتهدين ، فكان الإجماع بذلك أمراً مستطاعا نظراً لقلة عدد المجتهدين واجتماعهم في بلد واحد . ولا وجه للدعاء بأن الصحابة المجتهدين الذين كانوا في المدينة كانوا يضمون جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية ، حتى في عهد عمر بن الخطاب الذي كان يحرم على كبار الصحابة وأهل الرأي الرحيل عن المدينة ، وذلك حتى يتيسر الرجوع اليهم فيما يعرض له من مشاكل ، فالواقع أن الحاضرين لم يكونوا عادة سوى الأغلبية المكونة من خيا الصحابة ورؤسهم (٢) .

(١) راجع ميو (أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بباريس) في مؤلفه « المدخل لدراسة القانون الإسلامي » وهو مؤلف يقع في نحو ٨٠٠ صفحة ويمنع عن اطلاع واسع بالفقه الإسلامي وزائره بالإشارة الى العديد من أهميات المراجع في هذا الفقه التي كتبها كبار أئمة وعلماء الشريعة الإسلامية .

L. Millot : Introduction à L'étude du droit musulman (éd Paris, 1953 p. 129,130)

(٢) راجع بحث الأستاذ الشيخ شلبي « الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية » ص ١٤٧، ١٤٨ حيث ذكر ما نصه : « ويظهر لي من تتبع مواضع إجماعاتهم (يعني المجتهدين من الصحابة في عهد الخلفاء الراشدين) أنها لم تكن الا نتيجة رأي الأغلبية المكونة من رؤسائهم وخيارهم » وهو يعني أن المدينة كانت تضم تلك الأغلبية ، فالإجماع إنما كانت في حقيقته إجماع تلك الأغلبية ، ثم يضيف الى ما تقدم قوله « ولم ينقل لنا أن اسداً من الخلفاء عطّل العمل بما وصلوا اليه بالمشورة حتى يقف حل رأي من كان خارج المدينة ، نعم أن عمر منع كبار الصحابة وأهل الرأي من الخروج من المدينة ليسهل الرجوع اليهم فيما يعرض له من مشاكل ، ولكننا مع ذلك لا نستطيع الجزم بأن هؤلاء - على فرض اتفاقهم في الرأي - هم كل المجتهدين في عصره حتى يشترط في الإجماع اتفاق جميع المجتهدين . فيكون إجماع الصحابة عبارة عن اتفاق (يعني إجماع) رؤسائهم وأغليبيتهم ، أصحاب الرأي الناصح فيهم، ولهذا كان إجماعهم سهلاً استقام به أمرهم ، وكان عاملاً من عوامل مرونة =

ذلك كان الحال - كما قدمنا - في عهد الخلفاء الراشدين ، ولكن الأمر قد تغير من بعدهم ، فالخلفاء الذين أعقبوهم لم يكونوا يعدون من المجتهدين (اللهم اذا استثنينا الخليفة عمر بن عبد العزيز) كما أن المجتهدين المسلمين قد تفرقوا في أنحاء العالم الاسلامي الذي امتد من الاطلسي الى الصين ، كما أن حرية الرأي لم تكن دائما مكفولة للمعارضين وفضلا عن ذلك فقد جاء علماء الأصول ليشترطوا - كما قدمنا - في الاجماع أن يكون اجماع جميع المجتهدين في الأمة الاسلامية (لا اجماع أغلبية الحاضرين من مجتهدى المدينة) من أجل ذلك كله لم يكن عجيبا أذاً أن نعلم عن الامام ابن حنبل أنه كان يرى أنه لا اجماع الا للصحابة ، وعن الامام مالك أنه كان يرى أنه لا اجماع الا لأهل المدينة (١)

ويجدر بنا أخيراً أن نذكر أن الاجماع على السكوت لم يكن دائماً في عهد الخلفاء الراشدين يعنى اجماعاً أى موافقة اجماعية ، فما يذكر عن الخليفة عمر بن الخطاب أنه جمع الصحابة مرتين للتشاور في بعض الأمور ، وقد لزم فيما الامام عليّ جانب الصمت عن ابداء رأيه في حين أنه لم يكن موافقاً ولم تعرف عنه عدم الموافقة الا حين طلب منه فيما بعد ابداء الرأي - وقد يكون السكوت

== التثريب الاسلامي أمام حوادث الأيام المتجددة والمفنيات المتنوعة . أما الاجماع الذي صوروه الأصوليون بأنه اتفاق جميع المجتهدين من هذه الأمة في أنحاء الدولة الاسلامية في عصر من العصور فلن يتحقق الا من طريق الصفة أو قياً علم من الدين بالضرورة .

ونلاحظ بهذا الصدد أنه من يسير الأمور الحصول على الاجماع بين أفراد جماعة من ذوي الرأي السليم حين يجتمعون المناقشة في أمر من الأمور وحين لا تفرق بينهم مختلف المذاهب أو تتنازع نفوسهم مختلف الأهواء - ولنذكر لذلك مثلاً : مجلس الوزراء في إنجلترا ، فقد جرى العرف أن المناقشات في هذا المجلس تستمر حتى تصدر القرارات بالاجماع (بيردو Burdeau في مؤلفه :

Droit Const. et Inst. Pol. ص ١٨٥ ، ١٨٦

(١) راجع كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري على أصول الامام فخر الاسلام أبي الحسين علي بن محمد بن حسين البرزدي (من علماء الحنفية وتوفي عام ٨٣٢٨هـ) طبع دار الخلافة سنة ١٣٠٧ هجرية ج ٣ ص ٩٤٦ وما بعدهما - وكان ذلك نقلاً عن كتاب و الاسلام وأصول الحكم للاستاذ علي عبد الرازق (الطبعة الثانية ١٩٢٥) ص ٢٢

نتيجة الخوف ، ذلك كان شأن ابن عباس الذى أعوزته الشجاعة — فى حياة الخليفة عمر — أن يعارض مبدأ « العول » فى مسائل الميراث ، وذلك لأن الخليفة كان ممن يرون الأخذ بهذا المبدأ (١) .

ونضيف أخيراً الى ما تقدم أن علماء الشريعة وأئمتها — اذا استثنينا الخنفة — لا يأخذون بهذا الإجماع الضمنى (أو السكوتى) أى أنهم لا يعتبرونه حجة شرعية (٢) .

الاعتراض الثانى : يرى البعض أنه عن طريق انشاء « مجمع للتشريع الإسلامى » يتكون من علماء بالشريعة الإسلامية ومن علماء بالقوانين الوضعية يمكننا تطوير هذه الشريعة فى العصر الحديث ، وأن أهم وسيلة من وسائل هذا التطوير هى الإجماع ، فالإجماع فى نظر هذا البعض أمر مستطاع فى هذا العصر ، وذلك — كما قدمنا — نظراً لسهولة الاتصالات بين الأقطار الإسلامية، وبخاصة اذا عنيت الحكومات بتعيين من لهم حق الاجتهاد من علماء المسلمين فى كل بلد (٣) « والرأى عندى أنه اذا كان مما لا ريب

(١) راجع مؤلف الأستاذ Milliot (المراجع السابق) ص ١٢٩

و راجع كتاب « التقليد لأدلة الاجتهاد والتقليد » تأليف السيد السند الملك النواب محمد صديق حسن خان بهادر ملك مملكة بهوبان (طبع فى القسطنطينية ١٢٩٦ هـ) ص ٢٢ حيث يقول « أن من العلماء من يطلب عليه الخمول اضطراراً أو اختياراً مع كونه ممن يعتد بقوله ، فن ادمى إجماع أهل عصر من علماء المسلمين فقد أطمع النهوى وزعم قيامه بما لا يقوى » .

(٢) راجع ص ٦٦ من هذا البحث .

(٣) هذا هو الرأى الذى أبداه الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى فى كتابه « المدخل للدراسة للفقهاء الإسلامى » ص ١٩٢ ، وفى كتابه « التشريع الإسلامى وأثره فى الفقه العربى » ص ٧٤ — ٧٨ حيث يقول من الإجماع « هذا المصدر الخصب الذى يمكننا به أن نجعل الفقه (الإسلامى) يتطور بوسائله الشرعية الخاصة حتى يتناول جميع مسائل العصر ومشاكله بالبحث لمعرفة حكم الله فيها » ويقول فى موضع آخر من هذا المجمع « أنه قد آن الأوان ليكون لنا « مجمع لتشريع الإسلامى » بجانب « مجمع الفقه العربى » ، وأن هذا المجمع « يستطيع العمل بجد على تطور هذا الفقه وحل جعله صالحاً للتطبيق فى هذا العصر ، حل أن يكون هذا التطور فى محيط القرآن والسنة ، ووفقاً لمبادئ الفقه وأصوله وبخاصة الإجماع ، هذا الأصل العظيم الخصب الذى أدى ثمراته الطيبة فى الأيام المجيدة الأولى وهو حرى — حين يجد فقهاء حريين بهذا الوصف — بأن يؤق مثل تلك الثمرات فى هذا العصر وفى كل عصر » .

فيه أن انشاء مثل هذا المجمع مما يؤدي الى النهوض بالشريعة الاسلامية وتطويرها ، ولكن على أن يكون مجمعا « للبحوث » أو « لتحضير التشريع » لا « للتشريع » ، الا أنه مما لا ريب فيه كذلك أن الإجماع لا يمكن أن يكون احدى وسائل هذا التطوير ، لأنه احدى وسائل الجمود لا التطور ، هذا فضلا عن أن من المحقق أنه لا يمكن أن يتحقق ، وبيننا لذلك نلبي بما يلي :

١ - أن مثل هذا المجمع لا يمكن أن يتحقق به الإجماع ، فالإجماع الذي عرفه الأصوليون هو - كما قلنا - « اتفاق جميع المجتهدين في الأمة الاسلامية في عصر من العصور » ، ولم يتطلب الأستاذ الزميل صاحب هذا الاقتراح أن يتكون هذا المجمع من « جميع » المجتهدين في الأمة الاسلامية أى سواء كانوا في أقطار اسلامية أو غير اسلامية ، ثم أنه لا سبيل لحصرهم جميعاً لا سيما من كانوا منهم في أقطار غير اسلامية ، وقيام الحكومات المختلفة باختيار هؤلاء المجتهدين - كما يقترح الزميل (١) - لا يكفل لنا تحقق هذا الشرط ، لا سيما اذا كانت حكومات غير اسلامية ، ثم أن اجتماع مجتهدين من مختلف الأقطار ومن مختلف المذاهب الاسلامية (لا سيما مع ما هو معروف عن غير قليل من العلماء - ولا سيما علماء الشيعة - من نزعة متطرفة من التعصب لمذاهبهم) لا يمكن أن يؤدي الى إجماع بل وينتظر أن يؤدي الى أغلبية (٢) .

٢ - ويشترط الأستاذ صاحب الاقتراح أن يتكون المجمع من فريقين : من « علماء بالشريعة الاسلامية » ومن « علماء بالقوانين الوضعية » ، أما عن الفريق الأول فنلاحظ أن « المجتهدين » غير « العلماء في الشريعة » ،

(١) راجع كتابه « المسائل لدراسة الفقه الاسلامي » ص ١٩٢
 (٢) « الاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح » (طبعة ١٩٥١) للأستاذ الشيخ خلاف حيث يقول (ص ٢٥) ، اذا اشترطنا للاحتجاج بالإجماع التحقق من أن جميع المجتهدين في عصر من العصور على اختلاف بلادهم ومذاهبهم قد اتفقوا على حكم الواقعة فهذا لا سبيل اليه ويؤدي الى أن يكون هذا الإجماع مصدراً فرضياً - وراجع في هذا المعنى « الاقليد لأدلة الاجتهاد والتقليد » (المرجع السابق)

فالشروط التي تشترط في « المجتهد » لا سيما في « المجتهد الخاص » (كما سبق بيأتها) أقل كثيراً مما يشترط فيمن يطلق عليهم « علماء الشريعة » في هذا العصر ، أما عن الفريق الثاني فمن الين أن رجال هذا الفريق لا يعدون حتماً من « المجتهدين » . فكيف يمكن أن يتحقق الإجماع عن طريق مثل هذا الاجتماع أو هذا الجمع ؟

٣ - أن مثل هذا الجمع اذا كانت له فائده التي لا تنكر بصدد مسائل الأحوال الشخصية والقانون المدني وغيره من فروع القانون الخاص ، فانه لا يمكن - وهو يتكون من أعضاء ينتسبون الى بلاد مختلفة ذات مذاهب ونظم دستورية وبيئة اجتماعية وسياسية متباينة - لا يمكن أن تكون له جلوى بصدد التشريعات الدستورية التي تختلف هي الأخرى اختلافاً كبيراً تبعاً لاختلاف تلك المذاهب السياسية والنظم والبيئات المتباينة .

٤ - أن الشروط التي تشترط في المجتهدين الذين يتكون من اتفاقهم « الإجماع » هي غير تلك الشروط التي تتطلب فيمن يوكل اليهم وضع التشريعات الدستورية أى الأنظمة السياسية لبلد من البلاد ، وحسبنا هنا تأكيداً لرأينا أن نقل ما ذكره الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت من أن « المجتهدين الذين يشترط فيهم أن يكونوا على درجة خاصة من علوم اللغة وعلوم الكتاب والسنة لا تعدو معرفتهم في الغالب هذا الجانب ، ولم يألفوا البحث في تعرف كثير من الشئون العامة ، كشئون السلم والحرب والزراعة والتجارة والصناعة والإدارة والسياسة ، نعم هم كفبرهم لهم جانب خاص يعرفونه حق المعرفة وهم أرباب الاختصاص وأولو الأمر فيه ، وهو ما يتصل من التشريعات بأصول الحل والحزمة في دائرة ما رسم القرآن من قواعد تشريعية » (١) .

٥ - ثم أنه يشترط لحدوث الإجماع - كما قدمنا - كفالة حرية الرأي، وهذه الحرية تتطلب بلورها - كما بينا - توفر الحرية الشخصية (٢)،

(١) راجع « الإسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق) ص ٣٧٢

(٢) راجع ص ٦٥ ، ٦٦ من هذا البحث

وهما من الحريات التي تجدها غير متوفرة - كما هو معلوم - في بعض الأقطار الإسلامية ، وغير الإسلامية التي ينسب إليها بعض المجتهدين من المسلمين والذين يجب اشتراكهم من أجل تكوين الإجماع كما حدد أركانه علماء الأصول .

٦ - ونضيف الى ما تقدم أنه لا توجد دولة من الدول - سواء كانت من الدول الإسلامية أو غير الإسلامية - تسمح أو تقبل بأن يشارك أحد من غير أبنائها في مهمة وضع التشريعات الدستورية الخاصة بها (١) .

٧ - أما قولنا بأن الإجماع لا يعد في هذا العصر أداة تطور (كما يرى الزميل) ، إنما يعد أداة جود ، فبياننا لذلك نقول أننا إذا ألقينا نظرة على تاريخ الإجماع فأنا نجد أن الفقهاء كثيراً ما كانوا يذكرون عن بعض مسائل أنها كانت موضع إجماع مع أنها في الواقع كانت موضع خلاف المجتهدين ، ولكن الفقهاء كانوا يعملون الى هذا الادعاء من أجل أن يسجلوا على المعارضين وزر معارضة الإجماع وهو يعد - كما هو معروف - المصدر الثالث للشريعة الإسلامية بعد القرآن والسنة ، وقد أدى ذلك الى خشية الكثيرين من المجتهدين من الوقوف موقف المعارضة أو النقد لذلك الرأي أو الحكم الشرعي الذي ادعى أنه كان موضع إجماع ، وكان ذلك منهم حرصاً على سمعتهم ومكانتهم الدينية ، وذلك مما أدى بدهاء الى الحمود (٢) .

ونضيف الى ما تقدم ما ذكره بعض الباحثين من أن ما حدث من قفل باب الاجتهاد منذ حوالى عشرة قرون إنما كان رأياً أقره الإجماع (٣) .

(١) حل أنه يحدث أحياناً أن تستدعى بعض البلاد الناشئة (أي « المتخلفة » كما يطلقون عليها) بعض الخبراء الأجانب من فقهاء القانون الدستوري لمجرد الاستئناس بأرائهم ولوضع الصياغة القانونية لنصوص الدستور ، ولكن ثمة farkاً كبيراً بين هذه المهمة ومهمة وضع التشريع الدستوري ذاته والاشتراك في التصويت بالموافقة عليه .

(٢) والاملام حقيقة وشرعية (المرجع السابق) ص ٦٣ ، ٦٤

(٣) راجع « حضارة الاسلام » ص ١٩٥ تأليف جوستاف فون جرونباوم Von Grunbaum (الأستاذ بجامعة شيكاغو ورئيس مؤتمر علماء البحوث الإسلامية الذي عقد بمدينة =

المطلب الثاني

بحث في هل يعد الإجماع بصدد الأحكام الدستورية في أئمة العصور السانفة
ملزماً لنا في هذا العصر ؟

نقدم بنا القول بأن الرأي الذي استقر عليه جمهور الفقهاء - بصدد
حجية الإجماع - أنه لا يجوز لأحد أن يخالف الإجماع الذي حدث في عصر
سابق ، على أنهم اختلفوا فيما اذا كان يجوز للمجتهدين أن ينقضوا الإجماع
السابق بإجماع لاحق (١) والفقهاء - كما يرى - لم يميزوا بهذا الصدد بين مختلف
المبادئ أو المواضيع التي يتم بصدها الإجماع ، أى أنهم لم يميزوا مثلاً
بين الإجماع الذي يتم بصدد الأحكام الدستورية وبين ما يتم منه بصدد
غيرها من الأحكام الشرعية ، ذلك لأنهم انما كانوا يتكلمون عن الإجماع
بوجه عام .

والرأى عندى أن الإجماع بصدد الأحكام الدستورية في عصر
سابق غير ملزم لعصر لاحق ، وبالتالي فهو غير ملزم لنا في عصرنا ، وذلك
لما يلي من الأسباب :

١ - أن الصحابة - كما ذكر الامام ابن حزم - قد أجمعوا ثلاث
مرات ، كل مرة على طريقة مختلفة من طرق انعقاد البيعة ، أولاً أن يعهد
الخليفة لمن يليه (كما حدث في اختيار عمر) ، والثانية أن يعهد الخليفة لأحد
الأشخاص باختيار الخليفة (كما حدث بشأن اختيار عثمان خليفة) ، والثالثة
أن يدعو أحد من توفرت فيه شروط الامامة لنفسه ويطيعه الناس ، كما حدث

Spa = ببليجكا ١٩٥٣) والكتاب من مجموعة «الألف كتاب» (طبع بإشراف ادارة الثقافة
بوزارة التربية والتعليم سنة ١٩٥٦ ، وقد ترجمه الأستاذ عبد العزيز توفيق جاويد وراجعه
المرحوم الأستاذ الكبير عبد الحميد البهادى (المعيد السابق لكلية الآداب بالاسكندرية ورئيس
قسم التاريخ الاسلامى بها) .

(١) راجع ص ٦٨ ، ٦٩ من هذا البحث .

في توليه على للخلافة (١) على أننا لا ندرى لماذا لم يشر ابن حزم كذلك إلى أن بيعة أبي بكر قد تمت بطريقة مغايرة لهذه الطرق الثلاث (٢) ومن ذلك يتبين أن الصحابة لم يلتزموا - في ذلك الشأن من الشئون الدستورية - بإجماع سابق إذ أنهم نقضوه بإجماع لاحق، هذا مع ملاحظة أنهم كانوا في كل مرة من تلك المرات يوافقون أى يجمعون على كل طريقة من الطرق التى تمت بها البيعة ، ولا ننسى أن الإجماع إنما كان إجماع الحاضرين من الصحابة المجتهدين في المدينة .

٢ - أنه إذا كانت سنن الأحكام الدستورية - كما قدمنا - لا تعد تشريعا عاما أى أنها غير ملزمة إلا في عهد الرسول ، فمن باب أولى لا يجوز أن يعد الإجماع تشريعا عاما . فالإجماع - كما هو معلوم - إنما يلى السنة في المرتبة بين مصادر الشريعة الاسلامية ، وبذلك فهو لا يمكن أن يعد أقوى حججة من السنة .

٣ - أن الإجماع - كما يقول علماء الشريعة - لا يكون إلا عن دليل يستند اليه (٣)، أى أنه يجب أن يستند الى نص في القرآن أو السنة (أو القياس

(١) راجع كتاب « ابن حزم » تأليف الأستاذ الشيخ محمد أبى زهرة طبع ١٩٥٤ ص ٤٣٨ ، ٤٣٩ - ويلاحظ أن البعض لم يكن يرى أن انعقاد البيعة لعل قد تم بالإجماع . ذلك ما سوف نعرض له فيما بعد بغير قليل . من التفصيل (راجع في ذلك كتاب « النظريات السياسية الاسلامية » للدكتور محمد ضياء الدين الرئيس) أستاذ التاريخ الاسلامى بكلية دار العلوم بجامعة القاهرة الطبعة الثانية ١٩٥٧ ص ١٠٣

ولا يفوتنا هنا أن نشير الى أن المؤرخ الكبير ابن الأثير قد ذكر في كتابه « الكامل » (ج ٣ ص ٨٠) عن بيعة على أن الصحابة هم الذين ذهبوا الى على يعرضون عليه أن يبايعوه ، وأنه كان في البداية رافضاً فلما سمعوا قال : اذن قفى المسجد فلجتمع الناس وبايعوه .

أما عن بيعة عثمان فقد طلب الناس من عمر أن يستخلف فاختار لم ستة ليختاروا من بينهم واحدا راجع فيما تقدم مؤلف الأستاذ عبد القادر عوده (المرجع السابق) (ص ١١٣ - ١١٥)

(٢) أما فيما يتعلق بخلافة أبى بكر فقد بايعه الصحابة المجتهدون في سقيفة بئى ساعه ، ثم في الند بايعه الناس بيعة عامة في المسجد (راجع الاسلام وأوضاعنا السياسية للأستاذ عبد القادر عوده) طبعة

١٩٥١ ص ١١٠

(٣) الأحكام للاملى ج ١ ص ٣٧٦

على أيهما في نظر البعض (١) ، فليس هناك إجماع مستقل ، كما هو شأن السنة المستقلة . والقرآن انما جاء (كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف فيما قدمنا) بصدد الأحكام الدستورية بمبادئ عامة تصلح لكل زمان ومكان ، فلم يأت بتشريعات للتفصيلات والجزئيات التي تختلف باختلاف البيئات أى باختلاف ظروف الزمان والمكان ، فقد تركت (التفصيلات والجزئيات) لكل أمة لتشريع بصدها بما يلائم أحوالها وظروفها ، فاذا قلنا أن الإجماع الذى تعرض للتفصيلات والجزئيات (مثل طريقة البيعة للخليفة) في عصر مضى يعد تشريعا عاما (أى صالحا لكل زمان ومكان) كان ذلك غافلا لروح الآيات القرآنية بصدد الأحكام الدستورية ، فضلا عن أنه مما يؤدي الى الجمود والى الحرج ، مع أن المرونة — كما قدمنا — هي إحدى خصائص الشريعة الإسلامية ، ومبدأ « نفي الحرج » كما يقول الأستاذ الأكبر الشيخ المراغى — هو من المبادئ العامة التي يجب أن تبقى سيطرتها تامة على جميع التشريع الإسلامى (٢) .

٤ — أن القرارات التي صدرت بالإجماع في العصور الماضية انما صدرت — كما هو معلوم — باتفاق المجتهدين الذين يشترط فيهم شروط خاصة من ناحية علوم اللغة وعلوم الكتاب والسنة ، وهذه الشروط انما تؤهلهم فحسب — كما يقول بحق الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت — الى أن يكونوا «أرباب الاختصاص فيما يتصل من التشريعات بأصول الحل والحرمة في دائرة مارسم القرآن من قواعد تشريعية» (٣) فلا اختصاص لهم اذا وضع تشريعات دستورية لا سيما اذا روى أو ادعى أنها كذلك لزمان

(١) عل أن علماء الظاهرية يرفضون أن يكون الإجماع مستندا الى القياس وذلك لأنهم يرفضون القياس ، وبذلك فهم لا يرون أن يكون الإجماع مستندا الى دليل آخر غير نص الكتاب أو السنة راجع في ذلك « للمدخل لدراسة الفقه الإسلامى » للدكتور موسى ص ١٩٢

(٢) راجع ص ٣٢ ، ٣٣ من هذا البحث .

(٣) « الإسلام عقيدة وشريعة » (المرجع السابق) ص ٣٧٣

ومكان غير زمانهم ومكانهم . ونجد للأستاذ الشيخ خلاف رأياً يماثل هذا الرأي (١) .

هـ — وأخيراً فإنه يجدر بنا أن نشير الى ما أثير بين العلماء من الخلاف حول الإجماع وكان خلافاً لم يعرف مثله عن مبدأ أو أصل غيره من مبادئ أو أصول التشريع الاسلامي ، حتى أنه ليغلو من المتعذر فيما نرى أن يوضع بين مصادر الشريعة المتفق عليها ، فلقد اختلفوا في تعريفه وبيان أركانه كما اختلفوا في امكان حلوه ووقوعه ، وكذلك اختلفوا في امكان معرفته والاطلاع عليه ، بل وصل بهم الخلاف الى حد التشكك في حججه ، ثم اختلف الذين قالوا بأنه حجة شرعية فيما اذا كان يجب أن ينقل بالتواتر أو يكفي بأن ينقل بخير الآحاد، كما اختلفوا بصدد المواضيع التي يعد حجة فيها (فقال البعض أنه حجة في الأحكام الشرعية العملية فحسب) (٢).

الى مثل هذا الحد كثر الخلاف حول الإجماع حتى أن الأستاذ الشيخ شلتوت كتب يقول : « لا أكاد أعرف شيئاً اشتهر بين الناس أنه أصل من أصول التشريع في الاسلام ثم تناولته الآراء واختلفت فيه المذاهب من جميع جهاته كهذا الأصل الذي يسمونه الإجماع » (٣) .

الخلاصة — نعود في النهاية الى ما ذكرناه في البداية من أنه لا مكان للإجماع بين مصادر الأحكام الدستورية في الشريعة الاسلامية في عصرنا هذا

(١) راجع بحث « الشريعة الاسلامية مرنة » للأستاذ الشيخ خلاف ص ٢٦٣ حيث يرى أنه يجب أن تكون الى جانب كل خائفة أو ولي أمر من خلفاء المسلمين وولاة أمورهم جماعة تشريعية أعضاؤها ممن يؤثرون بعلامهم بالدين وبصرهم بشئون الحياة .

(٢) « الاسلام عقيدة وشرعة » ص ٦٢ ، ٦٣ وراجع « الممثل في التعريف بالفقه الاسلامي » للأستاذ الشيخ شلبي ص ١٦٩ حيث يذكر بأن « ما يقال عن حدوث بعض حالات تم بصدها الإجماع فعلاً قائماً كان ذلك بصدد مسائل كانت ثابتة بالقرآن أو بالسنة ثبوتاً قاطعاً لا شك فيه ، والإجماع لا يعد دليلاً (أي مصدراً) في أمثال هذه المسائل إنما يعد دليلاً (أو مصدراً) في المسائل الاجتهادية غير الثابتة بنص في القرآن أو السنة ثبوتاً قاطعاً .

(٣) « الاسلام عقيدة وشرعة » ص ٦٢

فاذا عرفنا ما تقدم وعرفنا وسلمنا بما قلنا من البيانات ، واذا
صح أن الاجماع (كما يقول الباحثون) (١) كان هو الأساس الذى بنيت
عليه نظريات أهل السنة فى الخلافة ، تبين لنا مدى النتائج الخطيرة التى
تترتب على الأخذ بهذه الآراء فى عالم الأحكام الشرعية الدستورية .

— ٢ —

القياس

تمهيد - القياس - كما قلنا - هو المصدر الرابع من المصادر المنفق
عليها للشرعة الاسلامية فيما يقرر علماء الشريعة ، وهو - فيما نرى - المصدر
الثانى من المصادر التى لا مكان لها بين مصادر الأحكام الدستورية للشرعة
الاسلامية فى العصر الحديث .

أسباب نهى القياس فى هذا المقام

أما الأسباب التى تدعونا الى عدم الأخذ بالقياس كمصدر من مصادر
الأحكام الدستورية فى الشريعة فى هذا العصر فهى تتلخص فى أمرين :
(السبب الأول) هو أن القياس ليس مصدراً من مصادر القانون .

(والسبب الثانى) أننا لو سلمنا جدلاً باعتبار القياس مصدراً من مصادر
القانون (بوجه عام) فهو لا يمكن أن يعد مصدراً من مصادر القانون الدستورى
فى عصرنا هذا وبالتالي لا يمكن أن يعد من مصادر الأحكام الدستورية
فى الشريعة الاسلامية فى هذا العصر ، بل ولا يمكن أن يكون له مكان بأية
صورة من الصور فى ميدان القانون الدستورى .

ولنتقل الآن الى الكلام تفصيلاً عن كل من هذين السببين .

(١) ذلك هو ما ذكره الأستاذ الدكتور ضياء الدين الرئيس فى كتابه « النظريات السياسية
الاسلامية » الطبعة الثانية ١٩٥٧ ص ٨٦

المطلب الأول

القياس ليس مصدراً من مصادر القانون

ان القياس لا يجوز في الواقع أن يعد مصدراً من مصادر الشريعة الإسلامية كما أنه لا يعد مصدراً من مصادر القانون الوضعي في نظر رجال الفقه الحديث ، وبالتالي فهو لا يجوز أن يعد بين مصادر فرع من فروع الشريعة الإسلامية أو فرع من فروع القانون الوضعي ، ونحن انما نقصد هنا بذلك الفرع « الأحكام الدستورية » (في الشريعة الإسلامية) أو القانون الدستوري (في القانون الوضعي) .

وهذا الرأي الذي نقول به لا جديد فيه فهو — فيما نعتقد — ما يراه علماء الأصول (في الشريعة الإسلامية) ، كما أنه الرأي السائد بين رجال الفقه الوضعي الحديث .

١ — فلدی علماء الأصول (كالامامين الآمدي وأبي حامد الغزالي وغيرهما) نجد القياس يذكر كأحد « أدلة الأحكام الشرعية » لا أحد « المصادر » فاصطلاح « المصادر » غير معروف — كما قدمنا — لدى علماء الشريعة القدامى (نعتی علماء الأصول) (١) . و فرق بين « المصادر » و « الأدلة » ، فالثانية أعم من الأولى ، فاصطلاح « أدلة الأحكام » يشمل « المصادر » وغير المصادر « فالاجتهاد » (بشروطه المعروفة) يصبح أن يعد من « أدلة » الأحكام الشرعية ، لكنه لا يصبح أن يعد « مصدراً » للأحكام الشرعية أى « منشئاً » للقواعد القانونية الشرعية « الا في حالة « الاجماع » (اذا توفرت شروطه) التي سبق بيانها ، أو في حالة صدوره من « أولى الأمر » كما قدمنا . وكذلك الشأن في القياس فما هو الا صورة من صور

(١) فاستعمال اصطلاح « مصادر الشريعة الإسلامية » كرادف لاصطلاح « أدلة الأحكام الشرعية » لم يعرف — كما قدمنا — الا حديثاً ، ويلاحظ ذلك في مؤلفات علماء الشريعة من أساتذة كليات الحقوق ، ومن الذين أنهم قد تأثروا — في هذا الصدد بما جرى عليه زملائهم من أساتذة مادة « المدخل لدراسة القانون » .

الاجتهاد ، أو على حد قول غالبية علماء الأصول ، أن عملية القياس هي « فعل المجتهد » (١) .

٢ — أما علماء الفقه الوضعي الحديث فأننا اذا أردنا أن نتعرف الى نظرهم الى القياس فأننا نجد أن أكثرهم عناية بموضوع القياس كانوا هم الفقهاء الألمان ، وقد تأثر بهم رجال الفقه الفرنسى (وعلى رأسهم الفقيه الكبير جيني Gény منذ أواخر القرن التاسع عشر (٢) .

(١) ففى نظر الفقهاء المؤلّاه لا يعد القياس أسلوبا من أساليب تفسير نصوص القانون ، إنما هو يتجاوز ميدان التفسير فهو يعد أداة لسد نقص حقيقى فى التشريع . فالقياس عندهم يحتل مكانا وسطا بين أساليب تفسير القانون وبين طرق انشائه أى بين مصادره . أما القول بأن القياس إنما يعمل فى الواقع على سد نقص فى نصوص التشريع فذلك لأننا فى حالة اعمال القياس — كما يقولون — إنما نبحث عن « الارادة المقترضة » La volonté hypothétique للمشرع ، أى تلك الارادة التى كان يظن أو يفترض أن يبديها المشرع لو أنه تنبه الى تلك الحالات الجديدة التى أغفل المشرع النص عليها والتى تعد مماثلة لحالات سابقة سبق للمشرع أن أبدى

(١) راجع فى ذلك « القياس والأدلة على أنه من الأدلة الشرعية » بحث للاستاذ الشيخ عمر عبد الله منشور فى مجلة الحقوق (التي تصدرها كلية الحقوق بالاسكندرية) عدد أكتوبر — ديسمبر سنة ١٩٤٨ ص ٦٦٥ حيث يقول : « نظر الجمهور من علماء الأصول الى أن استمالات القياس تلبى من كونه فعل المجتهد » ثم يقول : وقال سعد الدين التفتازانى فى حاشيته على شرح المختصر : « اعلم أن القياس وأن كان من أدلة الأحكام مثل الكتاب والسنة لكن جميع ترميفاته واستمالاته تلبى من كونه فعل المجتهد » .

وراجع ص ٦٦١ من البحث المشار اليه حيث يقول : « أن الرأى نظم تنظيميا علميا وسمى بالقياس بعد تكوين المذاهب الاسلامية ... ووضعت له قوامه وأصوله » ويلاحظ أن كلمة « الرأى » يقصد بها « الاجتهاد » .

(٢) يلاحظ أننا حين نتكلم هنا عن رجال الفقه فأنما نعنى رجال القانون المدنى .

بصددها أرادته أى سبق له أن نص عليها (ويلاحظ أن الحالة الجديدة التي أغفل المشرع النص عليها والتي نشير إليها هنا هي التي يطلق عليها المقيس) (١).

(ب) أما في نظر الفقه الفرنسي فقد كانت السيادة قدما في هذا الفقه حتى قبيل آخر القرن التاسع عشر لمدرسة التزام النص (أو مدرسة الشرح على المتون L'Ecole de L'exégèse) (٢).

(١) راجع في بيان وجهة نظر الفقهاء الألمان مؤلف الفقيه الفرنسي الكبير جيى Gény وحواله «طريقة تفسير القانون الخاص الوضعي ومصادره» (جزءان) ج ١ ص ٣٠٩ ، ٣١٠ Methode d'interprétation et sources en droit prive positif, 2 me éd (1932)p.309,310

(٢) بصدد مدرسة «الزام النص» راجع كتاب «أصول القانون» للأستاذ الدكتور حسن كبير (الطبعة الثانية ١٩٥٠-١٩٦٠) ص ٥١٦، ٥١٧ حيث يقول: «ظهرت هذه المدرسة في أعقاب التفتينات الفرنسية التي صدرت في مفتتح القرن التاسع عشر اذ بهرتها حركة التفتين الضخمة التي لم يكن للناس عهد بها، وساعدتها على تأييد اعتقاد المنحجب الشكل في رد القانون الى ارادة الدولة ومشيئة المشرع فتادت الى القول بأنه لا يوجد شيء وراء التشريع من مصادر موضوعية، أو دونه من مصادر رسمية، وأن هذه التفتينات قد جمعت فأومت وتلبأت بكل ما قد يمرض في المستقبل من فروض» ثم يقول: «ولم يكن بد - والتشريع يعتبر على هذا النحو المصدر الوحيد، ونصوصه في مثل هذا المكان من التقديس - من أن يقوم تفسير القانون - في منطق هذه المدرسة - على مجرد تفسير نصوص التشريع...» «فالقواعد القانونية اذن هي مجرد تعبير عن ارادة المشرع، فلا قيمة لها بذاتها مجردة عن هذه الارادة. ومن هنا يتحتم - للوقوف على مضمون القواعد القانونية - الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية أن وجدت، فان لم توجد لم يكن ثم مناص من الالتجاء الى ارادته المفترضة».

ويرى الأستاذ الشيخ شامى (في بحثه القيم: «الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية» ص ١٤٢ ١٤٤ المنشور بمجلة الحقوق بالمدين الأولى والثاني لسنة ١٩٥٩ - ١٩٦٠) «أن مدارس التفسير المختلفة المعروفة لدى رجال القانون الوضعي كان لها ما يماثلها عند الفقهاء المسلمين، بيد أن هذه كالت لها الأسبقية الزمنية على مدارس تفسير القانون تبعا لأسبقية الاسلام على تلك القوانين فقد ظهرت هذه المدارس عند المسلمين في أواخر القرن الأول الهجري وأوائل القرن الثامن الميلادي عندما تكونت مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأي... الخ» ثم يقول عن مدرسة التزام النص أنها «تشبه الى حد ما مدرسة أهل الحديث الذين يقفون عند النصوص يحملونها معاني كثيرة بطريق القياس ولا يخرجون عن مقتضى النص حتى ولو تغيرت البلة التي من أجلها شرع الحكم، أو كان النص وارداً حالة خاصة، فيجعلونه شروفاً عاماً أبدياً لازماً».

ولقد كان يعد القياس في نظر هذه المدرسة أسلوباً من أساليب تفسير نصوص التشريع ، وكان ذلك استناداً الى « افتراض » أن المشرع حين يضع قاعدة قانونية بناء على « سبب قانوني » *une raison juridique* (أو كما نسميها عادة « حكمة التشريع ») فإن المشرع « فيما يفترض » إنما يقصد أن يقرر جميع النتائج المترتبة على وجود هذا السبب ذاته (أى تلك الحكمة ذاتها) في حالات أخرى غير تلك الحالة التى نص عليها ، أى أنه يقصد اعمال القياس ، بعبارة أخرى : أننا في حالة اعمال القياس إنما نفسر ارادة المشرع ولو أنها ارادة مفترضة (١) - ولقد تأثر بهذه المدرسة بعض رجال الفقه المصرى (كما سنبين فيما بعد) .

كانت لمدرسة التزام النص السيادة في الفقه الفرنسى - كما قدما - حتى قبيل آخر القرن التاسع عشر ، أى حتى أن ظهرت « المدرسة العلمية » *L'école Scientifique* وصاحبها الفقيه الكبير جينى ، ويظهر هذه المدرسة تم القضاء على مدرسة التزام النص ، وعقد لواء السيادة ولا يزال معقوداً حتى اليوم في فرنسا لهذه المدرسة العلمية ، كما تأثر بها بعض رجال الفقه المصرى ، وكذلك التقنين المدنى الجديد (كما سنبين فيما بعد) .

والواقع أن موضوع القياس لم ينل من عناية رجال الفقه الوضعى شيئاً مذكوراً اللهم الا من جانب تلك المدرسة العلمية (٢) .

وقبل أن نعرض لبيان موقف المدرسة العلمية (أو بعبارة أخرى موقف الأستاذ جينى) من القياس يجدر بنا أن نشير الى أن أهم ما يفرق بين هذه المدرسة وسابقتها (مدرسة التزام النص) أنها لا تدين بعبودية النصوص ، فلا ترى

(١) جينى *Geny* المرجع السابق ج ١ ص ٣٠٩

(٢) وفي ذلك يقول الأستاذ جينى (في مؤلفه السابق ج ١ ص ٣٠٨) من الفقه الفرنسى الذى كان سائداً قبل ظهور مؤلفه (عام ١٨٩٩) والذى كان يدين - كما قدما - بمدرسة التزام النص ، يقول من ذلك الفقه بأنه « لم يكن يعنى النية الكافية بموضوع القياس ، وما يدل على ذلك في الكثيرين من الفقهاء كانوا يخلطون بين القياس وبين « التفسير الواسع » .

(كما كانت ترى سابقتها) حصر القانون (droit) وتفسيره في التشريع (La Loi) وإنما هي ترى أن القانون قبل أن يأخذ «شكل» التشريع الصادر من الدولة هو أولا «جوهر» يتألف من حقائق أربع : واقعية وتاريخية وعقلية ومثالية (١) .

(١) راجع بصدد بيان هذه الحقائق الأربع أى هذه العناصر الأربع المكونة لجوهر القاعدة القانونية لدى المدرسة العلمية (أى لدى جيني) كتاب أصول القانون (المرجع السابق) للدكتور حين كير من ١٧٢ - ١٨٣ . ونحن نورد تلخيصا لما كتبه (مترجما عن جيني) فيما يلي :

يرد جيني العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية الى أربعة حقائق

(أولا) حقائق واقعية أو طبيعية données réelles ou naturelles . وهذه قد تكون مادية كظروف المناخ والريه وقد تكون معنوية كالحالة النفسية أو النزعات الأخلاقية أو المعتقدات الدينية وقد تكون مجرد ظروف اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية . حل أن هذه الحقائق الواقعية لا تخلف بذاتها القواعد القانونية ، ولكنها تكون البيئة اللازمة لنشوتها ، وهذه الحقائق تخضع لطرق المعرفة الواقعية اليقينية من مشاهدة وتجربة ولذلك تعد ذات صبغة علمية ، ولذلك فهي تعد شرطا جوهريا لانشاء القاعدة القانونية .

(ثانياً) حقائق تاريخية - وهي ثمرة خبرة تولدت من طول التجربة مما يجعل لها سحجة مسلما بها غير ذات صبغة مطلقة أو دائمة ، فيفض الأنظمة القانونية الرئيسية كنظام الملكية الفردية الذى مازال أساسه العقل محل خلاف كبير نجد سنها في التطور التاريخي الذى خرجت منه .

(ثالثاً) حقائق عقلية données rationnelles أن القواعد القانونية لا تستخلص فحسب من الحقائق الواقعية والتاريخية وإنما تاتس كذلك من أفق أعلى : حيث يعمل العقل حل الملازمة من بين تلك الحقائق وما يفرض من غاية للقانون ، وأتأ لنجد ثمرة عمل العقل (نعني تلك الحقائق العقلية) بالنصيب الأكبر في تكوين جوهر القاعدة القانونية ، وتنطوى الحقائق العقلية حل المبادئ الضرورية لا الكألية ، أى تلك المبادئ التى يظهر العقل أن طبيعة الانسان تفرضها فرضا محسوما ، لذلك فهي تعد ذات صبغة علمية شالدة ، فطبيعة الانسان - كما يفسرها العقل - تحم مثلاً علم اعطاء الارتباط بين الحسنين صفة الشرعية المنشئة لأسرة معترف بها اجتماعياً ، الا لذلك الارتباط الثابت المستمر الناشئ عن الرضا والاتفاق ، بقصد سيطرة الانسان حل أهوائه ارضاء للعقل السأى ، ورضية في رعاية الأبناء . ولكن الحقائق العقلية لا تتجاوز مثل هذا القدر الضروري للخبير جداً أدنى لما يفرضه العقل بشأن فكرة الزواج ، فلا تدخل فيها مثلاً فكرة وسعة الزوجية ولا أبدية الزواج بتحريم الطلاق ولا غير ذلك مما يدخل في نطاق المبادئ أو الحقائق المثالية .

(رابعا) حقائق مثالية données idéales . يبيناً تعبر الحقائق العقلية من قواعد « ضرورية » فإن هذه الحقائق المثالية إنما تعبر عن تلك الأماني أو النزعات التى تسند تحقيق بعض المبادئ « الكألية » ، وهذه المبادئ إنما يعدلها مستوى المأخية والشعور العام في الجماعة =

وعلى أساس هذا الفهم للقانون وهذه النظرة اليه قامت طريقة هذه المدرسة العلمية في تفسير القانون ، فهي (خلافا للمدرسة التزام النص) لاتلتزم تفسيره في تفسير نصوص التشريع وحده ، وإنما تلتزمه كذلك في بقية المصادر الرسمية الأخرى وفي مقدمتها العرف ، ثم ان هذه المدرسة انما تبحث في تفسير نصوص التشريع عن « الارادة الحقيقية » للمشرع وقت وضع التشريع ، لا تلك « الارادة المفترضة » كما تسميها مدرسة التزام النص .

فاذا لم نجد في التشريع ولا في العرف ولا في غيرها من المصادر الرسمية الحكم أو الحل المطلوب فان المدرسة العلمية ترى في هذه الحالة الالتجاء الى ما تسميه « البحث العلمى الحر » *La libre recherche Scientifique* .

أى الالتجاء أو الرجوع الى « جوهر » القانون بمخائفه الأربع السابق ذكرها لاستلهاهم الحكم أو الحل منها ، سداً لنقص المصادر الرسمية ، ففي هذه الحالة ، يقوم المفسر أو القاضى فى الواقع بعمل المشرع . ولكن ثمة فارقاً هاماً بين عمل المشرع وعمل المفسر (أى الفقيه) أو القاضى فى هذه الحالة ، فالمشرع

= ومن أمثلة هذه الحقائق المثالية مبدأ وحدة الزوجة وأبدية الزواج (كما يقول الأستاذ جينى) ، وليس لهذه الحقائق مالمسايقها (الحقائق العقلية) من صفات المالية والثبات والخلود ، ولذلك فهي تختلف باختلاف الزمان والمكان . كما تختلف هذه الحقائق المثالية عن سابقتها في أنها غير ذات صيغة علمية لأنها انما تصدر عن تلك القوى غير الواضحة التى يطلق عليها العاطفة أو الإيمان وهي مع ذلك تقوم بدور هام لا يمكن اغفاله في تكلة الحقائق العقلية ، اذ أنها تؤدي الى التخفيف مما قد يشوب النتائج التى يفرضها العقل من اعتماد على العدالة أو اقتراب من القسرة أحياناً . فتلايقضى العقل بأن مناط التمويض من الضرر هو وجود خطأ من جانب من تسبب في أحداث الضرر ، ولكن هذه الحقيقة العقلية قد تؤدي أحياناً الى نتائج ظالمة أو قاسية ، كما حدث بعد انتشار الصناعة اذ كثرت حوادث اصابات العمال نتيجة استعمال الآلات ، وكان من صير الأمور على العمال أن يشب خطأ من جانب رب العمل أو صاحب المصنع ، الأمر الذى كان ينتهى بالعمال المصابين في تلك الحوادث الى حرمانهم من التمويض . وهنا لعبت 'زعة العصر المثالية دورها وذلك بتوزيع المخاطر على أساس من تعاون الجميع في الحياة الاجتماعية بضمان حصول العامل على تمويض مما أصابه دون جحاة الى اثبات خطأ من جانب رب العمل . ويرى الأستاذ جينى أن أهم تلك الحقائق الأربع هي تلك الحقائق العقلية فهي عند الأساس والجوهر للقاعدة القانونية .

حين يرجع لذلك الجوهر فانما يكون ذلك لكي يستلهم منه وضع تشريع أى وضع قواعد عامة مجردة تطبق على الجميع ، أما الفقيه أو القاضي فإنه حين يرجع لذلك الجوهر (أى تلك المادة التى يصنع منها التشريع) فإنه انما يفعل ذلك ليستلهم ابداء رأى فى مشكلة أو وضع حكم فى قضية لا يطبق الا بصدد موضوع النزاع وحده (١) .

المدرسة العلمية وتطرحها الى القياس - اذا كان القياس يعد فى نظر مدرسة التزام النص طريقة من طرق تفسير نصوص القانون ، وأنه انما يفسر « الارادة المفترضة » للمشرع ، فان المدرسة العلمية ترى أن اعمال القياس انما يخرج بنا عن ميدان تفسير نصوص القانون ، وذلك لأننا - كما يقول الأستاذ جينى - « نبتعد عن ميدان التفسير حين نبحث لافيا أراده وقرره المشرع فعلا ، وانما فيما كان يريد و كان يقرره المشرع لو أنه كان تنبه الى هذا الموضوع الجديد (وهو المقيس) ، بعبارة أخرى : أننا نبتعد عن ميدان التفسير حين يتجه بحثنا الى اكتشاف الارادة المفترضة للمشرع ، فالبحث عن الارادة المفترضة للمشرع لا يعد تفسيراً لارادته لأننا ننسب

(١) راجع فيما تقدم « أصول القانون » (المرجع السابق) للأستاذ الدكتور حسن كبره ص ٥٢٥ - ٥٢٧ - ويرى الأستاذ الشيخ محمد شاي (فى بحثه السابق ذكره ص ١٤٥ ، ١٤٦) أن طريقة هذه المدرسة العلمية « تشبه الطريقة التى سار عليها جمهور الفقهاء (فقهاء الشريعة الاسلامية) الذين يعملون بالمصلحة والاستحسان لأن العمل بهما عمل بروح التشريع لا يتأثما على قاعدتين من قواعده العامة مما جلب المصالح ، ورفع المخرج عن الناس ، وهى الطريقة المفضلة فى الفقه الاسلامى .
وانما نرى أنه اذا صح القول بأن العمل بالمصلحة والاستحسان يعد فى الشريعة الاسلامية عملاً بروح التشريع « الا أنه يلاحظ أن السير على نهج مدرسة البحث العلمى أو بعبارة أخرى : استعمال أساليب « البحث العلمى الحر » لا يعد عملاً بروح التشريع ، لأن العمل بروح التشريع يستل بنا فى دائرة تفسير التشريع ، أما الاتجاه الى أساليب « البحث العلمى الحر » فإنه يعد خروجاً عن دائرة التفسير ، إذ يعد « مكملاً » (لا مفسراً) للتشريع ، أى أنه يعد - كما قلنا - عملاً من أعمال المشرع لأنه رجوع الى المصادر المادية أو الموضوعية التى يرجع اليها المشرع ذاته ، وهذه المصادر (للموضوعية) هى المقصود بعبارة « جوهر القانون » .

الى المشرع أنه قد أراد ولا يفسر ما أراد . أن تفسير التشريع (كما يقول جيني) إنما هو عبارة عن البحث عن مضمون ارادة المشرع عن طريق عبارة نص التشريع ولاشأن له بما كان يصح أن تنتجه اليه نية المشرع أو ارادته ، وإذا كان جيني (صاحب المدرسة العلمية) يرى أن القياس لا يصح أن يعد وسيلة من وسائل التفسير فهو يرى أنه وسيلة من وسائل ما يسميه « البحث العلمي الحر » أى الرجوع الى « جوهر » القانون ، أو بعبارة أخرى أن القياس يعمل على « تكملة » التشريع (لتفسيره) وذلك بما تتطلبه مقتضيات العدالة والصالح العام ، في غير منافاة أو مجافاة للتشريع القائم ، ويرى جيني أن فكرة المساواة القانونية هي التي تبرر مشروعية القياس (١) .

بما تقدم يرى أن المدرسة العلمية (وهي السائدة الآن في فرنسا) قد تأثرت بصورة بيّنة بالفقه الألماني الذي لا يرى في القياس أسلوباً من أساليب التفسير للقانون ولا مصدرأ من مصادره ، وإنما يرى فيه شيئاً يحل مكاناً وسطاً بين الاثنين . — أما وقد انتهينا من الكلام عن الفقه الفرنسي ونظرتة الى القياس فأنتنا ننتقل الى الكلام عن الفقه المصرى .

(١) راجع فيما تقدم جيني Gény (المرجع السابق) ج ١ ص ٢٦٥ ، ٢٦٧ ، ٣٠١

٣٠٣ ، ٣٠٩ ، ٣١٣

وجدير بالذكر أن الأستاذ جيني ينبذ الرأى القائل بأن القياس إنما يقوم فحسب حل أساس ارادة المشرع أو أنه (القياس) يستمد قوته فحسب من ارادة المشرع ، وذلك لأن جيني لا يأخذ — كما قلنا — بمدرسة التزام النص ، إنما هو (جيني) يرى أن القياس إنما يستمد قوته من غريزة في أعماق طبيعة النفس البشرية ، ذلك أننا (كما يقول) نحس في أعماقنا بالحاجة الى المساواة القانونية ، وهي تقتضى بأن المسائل الماثلة يجب أن تكون لها قواعد قانونية ماثلة . وذلك ما لم يكن ثمة أسباب خاصة تحول دون أعمال القياس — ثم يتساءل جيني : ثم يتكون ذلك التماثل أو التشابه الأساسى ؟ ثم يجيب على ذلك بأن هذا التشابه يجب البحث عنه في البواعث أو الأسباب التي دعت الى وضع القواعد القانونية الخاصة بالمتزوج (أى المقيس عليه) ، الخلاصة أن فكرة المساواة القانونية — فيما يرى جيني — هي التي تبرر مشروعية القياس .

راجع فيما تقدم : جيني (المرجع السابق) ج ٢ ص ١١٩ ، ١٢٠

(ج) **الفقه المصري** ^(١) - لم ينل موضوع القياس من عناية رجال الفقه المصري الا قدرأ قليلا ^(٢) ، ولعل ذلك هو السر في كثرة ما كان بينهم من خلاف حيث لم يكن ثمة مجال للخلاف ، أو للتردد في إبداء الرأي حيث لم يكن ثمة موضع للتردد .

١ - فنجد بعضهم قد تأثروا في هذا المقام بمدرسة التزام النص التي كانت سائدة في فرنسا في القرن الماضي ، ففي نظر هذا البعض يعد القياس طريقة من طرق تفسير نصوص القانون ، فالتفسير - كما يقولون - إنما يقصد به تحديد معنى القانون من خلال نصوصه ، والمعنى الذي يريده المشرع من نص معين يستفاد أما من عبارة النص أى من الفاظه ، وأما من روحه وفحواه . ويتحدد روح النص أو فحواه عن طريقين :

(الأولى) بإشارة النص .

(الثانية) بدلالة النص أو مفهومه .

ودلالة النص أو مفهومه نوعان : مفهوم الموافقة (أو القياس) ، عكسه مفهوم المخالفة - فالقياس يعد إذاً في نظر هذا البعض أسلوباً من أساليب تفسير نص القانون عن طريق استنباط روح النص أو فحواه ^(٣)

(١) مما تجدر ملاحظته أننا حين نتكلم في هذا المبحث عن رجال الفقه المصري (أو الفرنسي أو غيرهم) فأما نحن في الواقع فقهاء القانون المدني ، فالواقع أن فقهاء القانون العام (وفي مقدمتهم فقهاء القانون الدستوري) لم يعنوا أية عناية بموضوع القياس ، إذ أننا لا نجدهم - في أى بلد من البلاد - يعمرون عناية ما ، بل ولا التفاتاً ما ، موضوع مصادر القانون ولا موضوع أساليب تفسير القانون .

(٢) كان أكثر من حق بموضوع القياس من فقهاء القانون المدني في مصر هو الأستاذ الدكتور سليمان مرقس في مؤلفه القيم : « المدخل للعلوم القانونية » (الطبعة الثانية ١٩٥٢) ص ١٨٤ ، ١٨٥ ، ٢٠٣ - ٢١٢ ، ٢٦٥ .

(٣) راجع فيما تقدم « نظرية القانون » (طبعة ١٩٥٤) ص ٢٧٥ ، ص ٢٧٨ - ٢٨٢ للأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، وراجع أيضاً في هذا المعنى « المدخل للعلوم القانونية » (طبعة ١٩٦٠ ص : ٢٤) للأستاذ الدكتور عبد المتعمم البداري . ويستند هذا الرأي إلى المادة الأولى من القانون المدني المصري التي تقرر بأن النصوص التشريعية تسرى في لفظها أو « في فحواها »

٢ - ونجد البعض الآخر من رجال الفقه المصرى قد تأثر بالمدرسة العلمية فى فرنسا أى بصاحبها الفقيه الكبير جينى ، فهذا البعض يرى أن المشرع المصرى (كما يتبين من المادة الأولى مدنى) لم يأخذ بفقه مدرسة التزام النص التى تحصر القانون فى مصدر واحد هو التشريع ، وإنما نجد المشرع يحيل القاضى أولاً الى التشريع ، فإذا لم يوجد نص تشريعى كان على القاضى أن يرجع الى العرف فإن لم يوجد كان عليه أن يحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية، فإذا لم توجد حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . وهذا يعنى أن على القاضى أن يرجع الى جوهر القانون فهذا هو فى الواقع المقصود باصطلاح « مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » . وبذلك فإن المشرع المصرى إنما يأخذ بفقه المدرسة العلمية . ويرتب على ذلك - فيما يبدو - أن هذا البعض يرى أن القياس لا يعد مصدراً ولا طريقه من طرق التفسير وإنما يعد وسيلة من وسائل « البحث العلمى الحر » (١) .

٣ - ونجد البعض الآخر من رجال الفقه المصرى قد تجاذبته نزعة التردد بين اعتبار القياس طريقة من طرق تفسير النص عن طريق استنباط روح النص أو فحواه ، وبين اعتباره مصدراً من مصادر القانون المصرى . ومن ذلك يرى أن هذا البعض قد وقع تحت سلطان تأثير فقهاء متعارضين : تأثر (أولاً) بفقه مدرسة التزام النص (المعروفة فى الفقه الفرنسى) وهى التى تعد القياس طريقة من طرق التفسير ، ثم تأثر (ثانياً) بفقه علماء الشريعة الاسلامية

(١) راجع فى ذلك « أصول القانون » ص ٥٢٧ - ٥٢٩ للاستاذ الدكتور كبره .

ودراجع أيضاً فى هذا المعنى رسالة الدكتور جلال عل العلوى (المدرس بالكلية) وعنوانها : « الاجبار القانونى على المعاوضة » (سنة ١٩٦٠) ص ٢٣٧ ، ٢٤١ حيث يقول أن المشرع المصرى وقد أحال الى مبادئ القانون الطبيعى فانما يعد ذلك منه اعتناقاً لمذهب البحث العلمى الحر لأن مبادئ القانون الطبيعى ما هى الا موجبات عامة للعدل تقتضى الاسالة اليها الرجوع الى الحقائق الواقعية لتحديد ما « ولكننا نلاحظ أن الدكتور العلوى سبق له (ص ٢٣٨) أن ذكر بأنه يرى أن القياس يعد « من بين المصادر الاحتياطية للقانون المصرى » . ونحن نعلم - بما قدمنا - أن مذهب البحث العلمى الحر لا يعد القياس بين مصادر القانون - ولا نرى كيف يمكن تفسير ما يليق من تعارض بين هذين الرأيين ؟!

في العصر الحديث وهم الذين يعدون القياس في عداد « أدلة الأحكام الشرعية »
ويعدون في الوقت ذاته اصطلاح « أدلة الأحكام الشرعية » مرادفا لاصطلاح
« مصادر » الأحكام الشرعية أو مصادر الشريعة الاسلامية (١) .

على أننا نلاحظ أن هذا التعارض الظاهر بين هذين الفقهاء ، أو عبارة
أخرى أن هذا التردد بين الاثنين ، يفسرونه ويبررونه بقولهم أن القياس
نوعان : قياس جلي وقياس خفي ، وأن القياس الذي يعد طريقة
من طرق تفسير النص إنما هو القياس الحلّي ، أما القياس الذي يعد
مصدراً من مصادر القانون فهو القياس الخفي ، وهذا النوع الثاني من أنواع
القياس (أى « الخفي ») هو المقصود بكلمة « القياس » عند إطلاقها (٢) .

كلمة تقرر - ذلك في الواقع تفسير لاسبيل الى تبريره ، وتبرير لاسبيل
الى تفسيره . فهذه التفرقة بين القياس « الحلّي » والقياس « الخفي » هي تفرقة
غير معروفة لآل التشريع ولا في الفقه المصرى أو الفرنسى أو غيره اللهم
الأ لدى علماء الشريعة الاسلامية . وليس ثمة سند من القانون ولا سبب
معقول يدعو للزج بهذه التفرقة - التي يشوبها غير القليل من الغموض
- في الفقه المصرى ، ولن يكون من وراء اقحامها في موضوع القياس
في فقهننا المصرى الا زيادة هذا الموضوع تعقيداً ، وزيادته من الغموض مزيداً
بحيث يلحق ما فيه من واضح أو « جلي » بما فيه من غامض أو « خفي » !! .

(١) أنظر مثلاً « المدخل للعلوم القانونية » (المرجع السابق) للاستاذ الدكتور سليمان مرقس
حيث نجده تحت عنوان « التفسير القضائي والتفسير الفقهي » يقول ص ١٨٤ : « المراد بالمعنى
التي يفهم من دلالة النص المعنى الذى يفهم من روحه ومعنوله . ويمكن الاستدلال على هذا المعنى
من طريق مفهوم الموافقة أو من طريق مفهوم المخالفة . والاستدلال من طريق مفهوم الموافقة
هو - كما هو معلوم - القياس . »

ثم نجده ص ٢٠٧ يضع لفتنه ١٣٩ مكرر عنواناً هو « اعتبار القياس والمبادئ العامة للقانون
الوضعى المصرى مصدريين رسميين متميزين من التشريع » وفى ص ٢١٢ يقول : « وبناء على ذلك
يكون ترتيب المصادر الرسمية في القانون المصرى على الوجه الآتى : أولاً - التشريع أو الدين
بحسب الأحوال ، ثم العرف ثم القياس ... الخ » - وراجع كذلك ص ٢٦٥ حيث يذكر القياس
بين مصادر القانون .

(٢) راجع « المدخل للعلوم القانونية » (المرجع السابق) ص ٢٠٧

١ - وحسبنا هنا أن نشير الى أن علماء الشريعة أنفسهم لا يعرضون بتاتا الى هذه التفرقة بين القياس الحلى والقياس الخفى بصدد الكلام عن موضوع القياس ، وانما نجدهم يعرضون لها بصدد الكلام عن موضوع الاستحسان (١) . ولذلك نجد بعضا من أهم كتب علماء الأصول قد خلت من أية إشارة الى تلك التفرقة لأنها لم تعرض للكلام عن «الاستحسان» ورغم أنها عرضت بأسباب لموضوع القياس (٢) .

٢ - وفضلا عما تقدم فانه يبدو لنا أن الذى يبرر الإشارة بل الاثارة لتلك التفرقة لدى علماء الشريعة أنهم يعلون من أركان القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه فى «علة» لا فى «الحكمة» (أى حكمة التشريع) ، والعلة — كما قدمنا — هى مظنة الحكمة ، وقد تتوفر العلة أحيانا دون توفر الحكمة (٣) .

وقد ترتب على ذلك — فيما يبدو لنا — أنه نظراً لأن الأخذ بالقياس (وهو يستند الى الاشتراك فى العلة كما قدمنا) قد يؤدى أحيانا الى عدم الاشتراك فى الحكمة (أو «المصلحة») لذلك فقد رأى علماء الشريعة بحق أن يعدلوا عن الأخذ بالقياس القائم على اتحاد العلة الى قياس يقوم على اتحاد الحكمة (أو «المصلحة») بين المقيس والمقيس عليه . وهذا القياس الأخير (أى القائم على اتحاد الحكمة) هو الذى أطلقوا عليه «القياس الخفى» . «والدليل الشرعى» (أو «المصدر» فى تعبير البعض) فى هذه الحالة ليس

(١) راجع كلامنا عن الاستحسان والتفرقة بين القياس الحلى والقياس الخفى ص ٩١ ، ٩٢ .
(٢) راجع مثلاً كتاب «المستصفى من عام الأصول» للإمام أبى حامد الغزالى (المرجع السابق ذكره) الجزء الثانى حيث تكلم عن القياس فى نحو ٥٠ صفحة (من ص ٥٤ - ١٠١) وذلك دون أن يشير الى تلك التفرقة أية إشارة ولو فى وجيز من العبارة .

(٣) راجع ما سبق لنا أن ذكرناه من التفرقة بين العلة والحكمة ، وعن امكان توفر العلة دون توفر الحكمة ص ٧٦ من بحثنا هذا حيث ذكرنا من أمثلة ذلك : اباحة الفطر لمن كان مسافراً ، فإن «علة» هى السفر أما «الحكمة» فهى رفع الحرج والمشقة ، وقد لا يتحقق الحرج والمشقة أحيانا اذا كان المسافر قد توفرت له أسباب الراحة ، ومع ذلك يصح له أن يفطر لتوفر العلة وهى السفر

هو « القياس الخفي » في نظر علماء الشريعة، إنما يطلقون عليه « الاستحسان »
 الخلاصة: أن استنباط فكرة القياس الخفي أو فكرة الاستحسان هنا إنما كانت
 في الواقع بمثابة وسيلة للخروج من ربكة قياس لا تتحقق به المصلحة
 أحيانا (١).

أما القياس في الفقه المصري أو الفرنسي (أو في فقه أى بلد من البلاد
 اللهم الا لدى علماء الشريعة) فإنه يقوم على الاشتراك في الحكمة (أو كما
 نسميها عادة « حكمة التشريع ») (٢).

٣ - أما وقد بينا أن التفرقة في الشريعة الإسلامية بين « القياس الخفي »
 والقياس « الخلى » إنما كان مردها الى أنهم جعلوا مدار القياس هو اتحاد العلة
 لا اتحاد الحكمة (أو المصلحة) بين المقيس والمقيس عليه ، فقد بقى علينا
 أن نبين أنه ليس ثمة ما يدعو فقهاء المصري الى نبذ « الحكمة » والأخذ
 « بالعلة » أسوة بعلماء الشريعة في هذا المقام.

(١) راجع «الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية» للأستاذ الشيخ شلبى حيث يقول (ص ١٥١):
 « أن الفقهاء الذين اعتدلوا في العمل بالقياس لم يلتزموا سنته في كل جزئياته ، بل ساروا معه
 ما استقامت لهم الأمور ، فاذا التوى بهم أو بان منه العنت والحرج تركوه وبحسبنا من طرق آخر
 ليخرج الناس من الحرج والضيق الى السعة واليسر ، وهذا الطريق الآخر هو المعبر عنه عندهم
 بالاستحسان » وتبين وجهة نظرنا هذه بجلاء اذا رجعنا الى الأمثلة التي يقدمها علماء الشريعة
 للقياس الخفي . وحسبنا هنا أن نشير الى المثال الأول الذى سبق لنا أن ذكرناه (بصد الكلام
 عن « أنواع الاستحسان » صفحة ٩١، ٩٢) من أن علماء الحنفية يدخلون حق المسيل وحق الشرب
 وحق المرور في الموقوف تبعا ، دون حاجة للنص على تلك الحقوق في الوقف ، قياسا على الاجارة ،
 (وهذا قياس خفي) ، وذلك لأن الهدف من الوقف - شأنه شأن الهدف من الاجارة - هو الانتفاع
 بالأرض الزراعية بالنسبة للموقوف عليهم أو للمستأجرين ، وهذا الانتفاع لا يمكن أن يتحقق
 الا باذخار حقوق المسيل والشرب والمرور في الموقوف عليهم ، وهذه كانت هي الحكمة أو المصلحة
 التي دعت المشرع الى النص على ادخال هذه الحقوق في عقد الاجارة دون النص عليها .

وما تجدر هنا الإشارة اليه أن القياس الخفي إنما سمي كذلك لأنه خفيت علة ، أما القياس الجلى
 فهو ما ظهرت علة - راجع « سلم الوصول لعلم الأصول » للأستاذ الشيخ مرمية الله ص ٣٠٠
 (٢) أو كما يسميها الفقهاء الفرنسيون : *raison juridique* (أنظر جينى) المرجع السابق

ج ١ ص ٣٠٧ ، ٣٠٩ .

وبيانا لذلك حسبنا أن نبين أن السبب الذي دعا علماء الشريعة (أو بعبارة أصبح علماء الأصول) إلى الأخذ بالعلة دون الحكمة تتلخص في قولهم أن الحكمة «أو» المصلحة «التي تؤدي بالمشرع إلى وضع تشريعاته قد تكون أحيانا «أمراً خفياً» غير ظاهر بحيث لا يمكن التحقق من وجوده أو عدم وجوده ، وأنه بناء على ذلك لا يمكن بناء الأحكام الشرعية على ذلك الأمر الخفي وربطها به وجوداً وعدمه ، لذلك فإن الضرورة تدعونا — كما يقولون — إلى اعتبار شيء آخر يكون وجوده مظنة لوجود تلك الحكمة (أو» المصلحة «) وجعله هو العلة دونها ، وذلك لظهوره وانضباطه تيسيراً على الناس وضبطاً للأحكام الشرعية ما استطعنا إلى ذلك سبيلاً (١) .

أن هذا السبب الذي دعاهم إلى الأخذ بالعلة دون الحكمة هو — فيما نرى — على ضعف بين :

(أولاً) لأن «العلة» طبقاً لتعريفهم لها هي «مظنة» الحكمة ، أي أنها ليست شاهداً يقينياً على وجود الحكمة (أو المصلحة) ، ولذلك فهم لا يتكرونها أن العلة قد تتوفر دون أن توجد الحكمة (أو المصلحة) أحيانا — ولكن الأحكام الشرعية إنما يجب أن تبنى على المصلحة (أي تلك الحكمة) فالمصاحبة — كما يقول امام الحرمين (في غير موضع من كتابه «البرهان») إنما كانوا يعللون الأحكام الشرعية بالمصلحة (٢) . — والامام الغزالي نجده

(١) راجع «أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامي» للأستاذ الشيخ خلاف (المرجع السابق) ص ٦٨ - ٧٠ ، و«صفوة الكلام في أصول الأحكام» للأستاذ الشيخ مصطفی خفاجی رئيس قسم الشريعة ووكيل كلية الحقوق بالاسكندرية (الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٧ ص ١٧١) .
ويذكرون لذلك مثالا يتعلق بالشفعة ، فيقولون أن الجوار هو «علة» لاستحقاق الأخذ بالشفعة ، ولكن «الحكمة» هي دفع أي الجار الجديد — فهذه الحكمة — كما يقولون — هي أمر تقديري غير منضبط ، فاعتبر الجوار مناهل الحكم ، لأن الجوار أمر ظاهر منضبط وفي جملة مناهل الحكم الشرعي مظنة تحقيق حكمته — «فسكة» استحقاق الشفعة هي دفع الضرر ، أما «العلة» فهي الجوار .

(٢) راجع في ذلك بحث الأستاذ الشيخ شاذلي : «الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية» (ص ١٤٩) .
ولقد كان عمر بن الخطاب — كما قدمنا — يعلل بالمصلحة (راجع بحثنا هذا ص ٩٨) .

يقرر أن المصلحة هي التي توجب الحكم الشرعي ، ولكن لما كانت سرّاً قد لا يطلع عليه مُعلِّل بالوصف الذي هو مظهرها (أى بالعلة) (١).

ومن ذلك يرى أن بعض علماء الشريعة يرون — كما كان يرى الصحابة — أن تكون المصلحة (أو الحكمة) لا «العلة» هي أساس بناء الأحكام الشرعية (٢).

(ثانياً) أن قولهم أن «الحكمة» قد تكون «أمراً خفياً» ، هو قول لا يصلح — فما نرى — أن يبرر المدلول عنها ، والأخذ «بالعلة» دونها ، لأنها إذا كانت أحياناً أمراً خفياً ، فهي غير عصبية على الإثبات ، ومع ذلك فإن هناك بعض حالات قد تكون فيها «العلة» أمراً خفياً كذلك ، ففي الحديث المعروف : «لا يقضى القاضى وهو غضبان» الغضب — كما يقولون — هو «علة النهى عن القضاء» (٣) ، ومع ذلك فإن الغضب هو من الحالات النفسية التي يمكن أحياناً إخفاؤها ويستعصى اثباتها . بل إن العلة قد تكون خفية ، بينما نجد الحكمة غير خفية ، كما هو الشأن في حالات القياس الخفي ، فهو يعرف — كما قدمنا — بأنه «هو ما خفيت علته» ، بينما ظهرت حكمته . بل أننا لنجد أحياناً في القياس الخفى ذاته أن العلة قد تخفى اللهم الا على من لا تخفى عليه خافية ، فثلاً نجد «الاسكار» الذي يعدونه «العلة» في تحريم النبيذ قياساً على الخمر الذي نص على تحريمه ، نقول أننا نجد الاسكار ليس دائماً لدى الشارب أمراً ظاهراً .

(١) «المستصفي في علم الأصول» للإمام أبي حامد الغزالي (المرجع السابق) ج ٢ ص ٢١٠

(٢) وفي ذلك يقول الأستاذ الشيخ شلى (في بحثه المشار اليه ص ١٥٠) «أن أساس التماثل بناء الحكم على المصلحة ، ولو وقت الفقهاء بالقياس في حدود هذه النافذة : دائرة المصلحة لما شد قياس من تحقيق المصلحة للناس ، ولكن المتأخرين منهم (يقصد علماء الأصول) أغفلوا هذا الأصل وساروا بالقياس وراء مجرد الشبه فحرموا الكثير مما تدعو حاجة الناس اليه... الخ» .

(٣) سلم الوصول لعلم الأصول للأستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٢٨٧ .

(ثالثاً) أن العلماء اختلفوا اختلافاً كبيراً في تعريف العلة (١) ، كما اختلفوا في استنباط علل الأحكام الشرعية المنصوص عليها ، فاختلفت تبعاً لذلك آفئتهم وأحكامهم (٢) .

(رابعاً) أن بعض العلماء يمزجون بين العلة والحكمة فلا يكادون يفرقون أو يميزون بينهما ، فعلماء الحنفية يعرفون العلة بأنها « الأمر الباعث لشرع الحكمة أى أنها الأمر المشتمل على حكمة مقصودة للشارع من شرع الحكم (٣) الخ... » ، كما نجد الكمال بن الهمام (في مؤلفه : التحرير بشرح التيسير) يصرح في غير موضع « بأن العلة الحقيقية للحكم هى الأمر الخفى المسمى حكمة ، وأن الوصف الظاهر هو مظنة العلة لا نفس العلة ، ولكنهم اصطلاحوا على إطلاق العلة عليه (٤) .

ويرى بعض علماء الشريعة أن الأصوليين « صرحوا بأن العلة على الحقيقة هى المصلحة ، والوصف الظاهر ضابط لها فقط » (٥) .

خاتمة — لذلك كله فقد أصبح من الخلى عدم الأخذ لدينا بهذا القياس الخفى ، ومن ثم فلا تجوز محاولة اعتباره — كما يرى بعض رجال الفقه المدنى

(١) سلم الوصول لعلم الأصول ص ٢٧٧

(٢) صفوة الكلام فى أصول الأحكام (المرجع السابق ذكره) ص ١٧٨

(٣) سلم الوصول لعلم الأصول (المرجع السابق) ص ٢٧٦ وراجع الهامش رقم ١ من الصفحة المذكورة حيث يقول ما نصه : « ومنهـب الحنفية والآملى وابن الحاجب أن العلة هى : الأمر الباعث للشارع على شرع الحكم » . ويبدو لنا أن هذا يصلح تعريفاً أيضاً للحكمة ..

(٤) «الفتاوى الاسلامى بين الواقعية والمثالية» (البحث السابق ذكره) صفحة ١٥٠ للأستاذ الشيخ شلى حيث يقول أيضاً «وقد عرف الأصوليون الوصف المناسب الذى يصح التعليل به بأنه الوصف الذى لو شرع الحكم منه يكون فى تشريعه جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج » ، ثم يقول : «ومن ذلك نعرف أن أساس التعليل بناء الحكم على المصلحة» (أى الحكمة) — ويجدر بنا هنا أن نوجه الأنظار الى أن العلة تعرف أحياناً بأنها « الوصف الظاهر المناسب » أى المناسب للحكم البشرى ، أى أن العقل يدرك ملامة ربط الحكم الشرعى بذلك الوصف (وهو العلة) ، وأن ربط الحكم به يتطلب منه تحقيق المصلحة المقصودة (أو الحكمة) التى من أجلها شرع الحكم — راجع فى ذلك .

سلم الوصول لعلم الأصول ص ٢٨٣

(٥) «الفتاوى الاسلامى بين الواقعية والمثالية» (البحث السابق ذكره) ص ١٤٩

لدينا - أنه هو المقصود بكلمة القياس عند إطلاقها ، إن هذه المحاولة لا نجد لها ما يبررها كما أننا لا نجد لها مثيلاً حتى لدى علماء الشريعة الإسلامية أنفسهم ، فهم - كما قدمنا - لا يشيرون إلى القياس الخفي إلا بصدد الكلام عن الاستحسان لا عن القياس ، فهم لا يذكرونه (القياس الخفي) على اعتباره نوعاً من أنواع القياس ، بل باعتباره نوعاً من أنواع الاستحسان ، وهم لا يلجئون إليه (باعتباره نوعاً من الاستحسان) إلا حين يؤدي القياس (الجلي) - كما يقول الأستاذ الشيخ خلاف - إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة (١).

المطلب الثاني : لادعائه للقياس في مبراه القانون الدستوري (الوضعي) ،
أو مبراه الأوامر الدستورية في الشريعة في هذا العصر

أياً كانت الصفة التي يوصف بها القياس ، أي سواء عدناه مصلراً من مصادر القانون أم وسيلة من وسائل التفسير أم أسلوباً من أساليب « البحث العلمي الحر » أم عدناه شيئاً آخر غير هذا أم ذلك فإن القياس أياً كانت صفته لا مكان له الآن في ميدان القانون الدستوري (الوضعي) أو ميدان الأحكام الدستورية في الشريعة الإسلامية .

١ - في القانون الدستوري (الوضعي)

مصادر القانون الدستوري - كما اتفق عليها فقهاء هذا القانون - تتلخص في مصدرين : التشريع ، والعرف الدستوري . وإذا كان لا مكان

(١) راجع كتاب « الاجتهاد بالرأي - القياس - الاستحسان - الاستصلاح - الاستصحاب » للأستاذ الشيخ عبد الرهاف غلاف (الطبعة الأولى ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ ميلادية صفحة ٧٧) حيث يقول : « من المقارنة بين القياس والاستحسان يتبين أن موضع القياس واقعة لا نص ولا إجماع حل حكمها ويراد الحكم فيها بما حكم به النص في واقعة تساويها في طلة الحكم ، وأما الاستحسان فوضعه واقعة دل حل حكمها نص أو قياس ولكن موجب عموم النص أو القياس فيها يؤدي إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة ، ويراد العلول من موجب عموم النص أو القياس في هذه الواقعة بناء على الدليل الذي يقضى بهذا العلول » - نكرر هنا ما سبق لنا التنبية إليه من أن كلمة « القياس » حين تذكر دون وصف آخر فإنما يقصد بها « القياس الجلي » ، وأن هذا القياس حين يدلون عنه - للاستحسان بالاستحسان - فإنما يكون ذلك للأخذ « بالقياس الخفي » - راجع ما سبق لنا أن كتبناه عن القياس الجلي ، والقياس الخفي بصدد الكلام عن أنواع الاستحسان (صفحة ٩١-٩٢)

للقياس بين مصادر القانون الدستوري ، فلا مكان له كذلك في ميدان هذا القانون بأية صورة أو صفة من الصور أو الصفات . فلم يعرف حتى اليوم أحد من رجال الفقه الدستوري المصري أو الفرنسي أو غيره في أي بلد من البلاد ذكر القياس على اعتباره مصدراً أو وسيلة من وسائل التفسير أو أسلوباً مما يطلقون عليه « أساليب البحث العلمي الحر » الخ ، فالتشريع الدستوري عالم يتكون من اختصاصات تقرر ليعض السلطات أو الهيئات ، ومن حقوق أساسية أو حريات تقرر للأفراد ، وقد تقرر جميعاً بناء على نص تشريعي أو عرف دستوري ، ولا مكان هناك لغبر هذين المصدرين ، ولا مجال هناك لاستنباط اختصاص لاحدى السلطات أو الهيئات أو استنباط حرية من الحريات قياساً على ما قرره التشريع أو العرف من اختصاصات وحريات .

ولا أدل على صحة هذا الرأي الذي نقول به من أننا إذا رجعنا الى الحالات التي أعمل فيها القياس في الشئون الدستورية في التاريخ الاسلامي فاننا نجددها جميعاً مما يستحيل الأخذ به في ميدان القانون الدستوري في هذا العصر (كما سنبين ذلك تفصيلاً فيما بعد) .

٢ - في الشريعة الاسلامية

أن الحكم الشرعي الذي يصح أن يقاس عليه (المقيس عليه أو الأصل) أما أن يكون ثابتاً بنص في القرآن أو السنة ، أو أن يكون ثابتاً بالإجماع .

(أولاً) أما الحكم الثابت بالإجماع فقد اختلف العلماء - كما قدمنا - في جواز القياس عليه (١) . ومع ذلك فقد سبق لنا أن بينا أنه لا مكان للإجماع بين مصادر الأحكام الشرعية الدستورية في العصر الحديث (٢) . ذلك مما يترتب عليه بداهة أنه لا مكان للقياس على الإجماع في ميدان الأحكام الشرعية الدستورية .

(١) راجع ص ٧٤

(٢) راجع ص ١٧٠ وما بعدها .

(ثانياً) وكذلك الشأن بصدد سنن الأحكام الدستورية المستقلة (١)، وهي — كما قلنا — تصد في الجزئيات ، ثم هي — كما بينا — لا تعد تشريعاً عاماً ، أي أنها لا تعد ملزمة لنا في عصرنا ، وبالتالي فلا مكان لها بين مصادر الأحكام الشرعية الدستورية في هذا العصر . ذلك مما يترتب عليه بذاتة أنه لا يجوز القياس عليها ، فن الأمور البديهية أنه إذا كان المقيس عليه (الأصل) غير ملزم لنا في عصرنا فلن يقبل أو يعقل الادعاء بأن المقيس (الفرع) يكون ملزماً .

وإذا نظرنا إلى المسألة من الناحية العقلية فاننا نجد علماء الشريعة يقررون أن أساس القياس — من الناحية العقلية — يتلخص في أن من الأمور البديهية « اثبات حكم المثل للمثله والمساوى لمساويه » على حد تعبير الامام ابن حزم (٢) ، أو أنه « حيث وجدت الأسباب ترتبت عليها مسبباتها ، وأن القياس ما هو الا السير على هذا السنن الالهي ، وأن ما جرى على النظر يجري على نظيره » على حد تعبير الأستاذ الشيعي خلاف (٣) .

إذا قررر ذلك فكيف يجوز لنا عقلاً — في عصرنا هذا — أن نجري القياس على حكم دستوري صدر في بعض الجزئيات ، بعد أن تقضت — كما قضت — عليه العصور ، وأكلت كما شربت عليه الدهور ؟! كيف يجوز عقلاً الادعاء بأننا في هذه الحالة نعمل على « اثبات حكم المثل للمثله والمساوى لمساويه » وأن « ما جرى على النظر يجري على نظيره » ونحن بصدد أحكام دستورية وهي أحكام في غالبيتها ذات صبغة سياسية لأنها تتصل بالنظام السياسي والبيئة الفكرية السياسية . ومن البين الذي لا يحتاج الى بيان مبلغ الفارق الهائل الذي يفرق بين زماننا وذلك الزمان ، اذا نحن نظرنا الى تلك البيئة

(١) راجع ص ١٥٢ - ١٦١

(٢) « ابن حزم » المرجع السابق ذكره (ص ٢٦١) للأستاذ الشيعي محمد أبو زهره .

(٣) أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامي (المرجع السابق) ص ٥٨ ، ٥٩ للاستاذ الشيخ هيد الوهاب خلاف

وذلك النظام السياسى فى الحالين أى فى الزمانين ، بحيث لا يكون ثمة موضع للكلام عن « المثل » و « المساوى » و « النظر » فى أحد هذين الزمانين ، وعن « مثله » و « مساويه » و « نظيره » فى الزمان الآخر .

(ثالثاً) أما عن سنن الأحكام الدستورية الأخلاقية (وهى — كما قدمنا — غير مستقلة) (١) ، وكذلك الأحكام الشرعية الدستورية الثابتة بنص فى القرآن ، فإن هذه الأحكام الشرعية جميعاً إنما جاءت — كما بينا — لا بنصوص تنظم جزئيات لنظام معين من الأنظمة ، إنما جاءت بنصوص تقرر مبادئ عامة كبداى الشورى أو مبدأ المساواة مثلاً ، وذلك دون أن تعرض لتنظيم جزئيات أو تفصيلات ذلك المبدأ .

ولإعمال القياس — فيما نرى — أمر لا مكان له بصدد المبادئ العامة ، فكيف يمكن مثلاً إجراء القياس على مبدأ عام كبداى الشورى ؟ انه لا يمكن أن يقاس عليه إلا مبدأ عام آخر يشترك معه فى العلة ، فإذا كان ذلك المبدأ الآخر ؟ أنه من البين أننا إذا كنا نستطيع أن نستنبط نتائج ترتب منطقياً على الأخذ بهذا المبدأ أو غيره ، إلا أن استنباط مبدأ عام — فيما نعتقد — قياساً على مبدأ عام آخر نص عليه ، هو أمر غير معروف لا فى ميدان الشريعة الإسلامية ولا فى ميدان القوانين الوضعية . .

أما علماء الشريعة فهم لم يعرضوا — فى بحوثهم — لهذه المسألة أو لهذه الحقيقة التى نبرزها ، على أن الأمثلة التى أشاروا إليها للقياس فى ميدان الأحكام الشرعية الدستورية تتصل جميعاً بأمور جزئية لا بمبادئ عامة (كما سنبين ذلك فيما بعد) .

وأما عن فقهاء القوانين الوضعية — فأنا إذا رجعنا الى فقهاء القانون المدنى — وهم الذين عنوانوا ببحث موضوع « مصادر القانون » ومنهم من عني

(١) ص ١٦٤ ، ١٦٥

عناية خاصة ببحث موضوع القياس ، فأثنا نجد رجال الفقه الفرنسي يعدون من ضروب القياس حالات لا يكون المقيس عليه (الأصل) فيها نصاً معيناً من النصوص (كما هو الشأن عادة في القياس) ، وإنما يكون فيها المقيس عليه « نظاماً » كاملاً من الأنظمة أو « موضوعاً » شاملاً من المواضيع نص القانون تفصيلاً على الأحكام الخاصة بمجزياته في مواد عدة ، بينما يكون المقيس (الفرع) موضوعاً أو نظاماً آخر لم ينص القانون على أحكامه ولكن ثمة وجوه من الشبه بين الموضوعين أو النظامين ، ومن أمثلة ذلك : تطبيق أحكام العقود المسماة (التي نص عليها القانون المدني الفرنسي) على العقود غير المسماة (التي لم ينص على أحكامها) ، وذلك متى كانت تقرب منها في الجوهر . ومثل تطبيق أحكام الوصاية على الأولاد الشرعيين (التي نص عليها القانون) على الأولاد الطبيعيين أي غير الشرعيين (التي لم ينص عليها) وذلك مع بعض الاختلافات التي تقتضيها الحال (١) .

كما يعدون من أنواع القياس استنباط نظرية عامة أو مبدأ عاماً من نصوص متعلقة بمجزيات متفرقة خاصة بموضوع معين . ذلك كان شأن مبدأ الأثر بلا سبب ، وشأن نظرية حق الحبس droit de rétention في الفقه المدني الفرنسي (٢) .

(١) جين (المرجع السابق) ج ١ ص ٣٠٥ - ٣٠٧ - ويلاحظ أن هذا النوع من القياس يطلقون عليه Analogie de droit أو Analogia Juris بخلاف القياس الآخر أي المادى وهو الذي يكون فيه المقيس عليه نصاً من نصوص القانون ذاته يطلق عليه Analogie de la loi أو Analogia Legis

(٢) جين (المرجع السابق) الجزء الثاني ص ١٢٤ - فالقانون الفرنسي لا توجه به سوى نصوص خاصة متفرقة بصدد حق الحبس ، فاستبط الفقه والقضاء الفرنسي من هذه النصوص نظرية عامة في حق الحبس لا تقف في تطبيقها عند حدود النصوص التشريعية فحسب .

وكذلك الشأن فيما يتعلق « بالأثر بلا سبب » فالقانون الفرنسي لم ينص إلا على أحكام بعض حالات خاصة دون تقرير مبدأ عام ، وكان أبرز تلك الحالات التي نص عليها حالة دفع غير المستحق ، فاستنبطت من هذه الحالات الخاصة المتفرقة نظرية عامة في الأثر بلا سبب .

كلمة تدر - ولكن مثل هذا الاستنباط (النظريات أو المبادئ العامة) لا يعد في حقيقة أمره نوعاً من أنواع القياس . فالقياس - كما يقول بحق الفقيه الايطالي الكبير ديلفيكيو - يختلف عن الاستنباط induction في أنه لا يتجه من خاص الى عام وإنما من خاص الى خاص مماثل له (أى أن كلا من المقيس والمقيس عليه مسألة جزئية لا مبدأ عام) (١).

على أنه اذا كان القانون المدنى قد عرف فيه هذا النوع من الاستنباط للنظريات أو المبادئ العامة فإنه لم يعرف فيه استنباط نظرية أو مبدأ عام قياساً على مبدأ عام نص عليه المشرع ، وعلى كل حال فالقانون الدستورى - وهو الذى هممنا هنا - لا يعرف هذا النوع من الاستنباط للنظريات أو المبادئ العامة .

القياس فى التاريخ الدستورى المسمى - مما يؤيد رأينا أنه لا يمكن أن يكون ثمة مكان للقياس فى ميدان الأحكام الشرعية الدستورية فى عصرنا هذا أننا اذا رجعنا الى الحالات التى أعمل فيها القياس فيما سبق من العصور فى التاريخ الاسلامى فأنا نجد جميعاً مما لا يعقل أو يتصور أن تتكرر فى عصرنا هذا لأن أعمال القياس فيها مما يتعارض مع « المصلحة » بصورة بينة . فهل

(١) راجع ديلفيكيو، Etude Gény، Les principes généraux du droit، Del Vecchio
T II P. 10

(نقلنا من الرسالة الممتازة لـ دكتور جلال المدنى المدرس بالكلية) وقد نوقشت فى ٣٠ يولييه عام ١٩٦٠ (وعنوانها « الاجبار القانونى على المعاوضة » ص ٢٣٤)

ويضيف الدكتور المدنى (فى رسالته المشار اليها ص ٢٣٤ هامش رقم ٢) الى ما تقدم أن ما يستند اليه أيضاً ديلفيكيو فى التفرقة بين القياس والمبادئ العامة « أن المادة ٣ من التفتين المدنى الايطالى القديم - ولا تختلف هنا كثيراً المادة ١٢ من التفتين الجديد - قد نصت على أنه اذا لم يسعف القياس للقاضى ، التجأ الى المبادئ العامة ، مما يقتضى أنها لا تعد من قبيل القياس » ص ٧١ من بحث ديلفيكيو المشار اليه .

ويبدو لنا أن الاستدلال بالمادة ٣ (المشار اليها) فى هذا المقام أمر غير مفهوم اذ أننا هنا أننا نتكلم عن الاستقراء induction الذى هو - على حد تعبير ديلفيكيو - اتجاه « من خاص الى عام » ، أما هذه المادة ٣ (المشار اليها) فهى تتكلم عن الاستنباط déduction الذى هو اتجاه « من عام الى خاص »

يعقل أو يتصور أن نقرر مثلاً في هذا العصر أن أحد الأفراد له الحق أن يتولى الإمامة العامة للمسلمين (أى رئاسة الدولة) لأنه تقرر صلاحيته أن يكون أماماً لهم في الصلاة ؟ بعبارة أخرى هل يكون أمراً مقبولاً معقولاً في عصرنا أن نقبس إمامة الصلاة على رئاسة الدولة ؟ ! ، وهل يمكن أن نتقبل في عصر العقول ، أو أن يستقيم في الدولة سير الأمور إذا نحن قررنا جعل طريقة اختيار رئيس الدولة قياساً على طريقة اختيار قائد الجيش (١) .

أليس من البين أن الأخذ بالقياس في مثل تلك الحالات مما يتعارض في هذا العصر من حسن سياسة أو إدارة شئون الحكم ، أى مما يتعارض مع « المصلحة » ؟

اذ يجب ألا يفوتنا أن القياس — كما يقول بحق بعض علماء الشريعة — « لم يعتبر إلا لكونه يظن فيه تحصيل المصلحة » ، فإذا انتفت بأن ترتب على العمل به فساد أو مصلحة مرجوحة تعين العمل بالمصلحة الراجحة » (٢) .

(١) راجع في ذلك « النظريات السياسية الإسلامية » للدكتور ضياء الدين الرئيس (أستاذ التاريخ الإسلامي بكلية دارالعلوم طيبة ١٩٥٧ ص ١٨٢) حيث يقول أن الصحابة بايعوا بأبكر بالخلافة وقدموه على غيره لأن الرسول عند مرضه قلعه على غيره وعهد إليه أن يكون نيابة عنه أماماً للمصلين ، فقال الصحابة : « رضى رسول الله لدينا أفلاً رضاء لدينا » . أى أن الصحابة قاسوا الإمامة الكبرى (وهي الخلافة أى رئاسة الدولة في أمور الدين والدنيا) على إمامة الصلاة — وفي ص ١٩٦ ، ١٩٧ يقول المؤلف بأن البعض كان يرى أن تكون الخلافة بالانتخاب قياساً على ما صنعه النبي مرة بصدد قيادة الجيش اذ تركها للانتخاب بواسطة المسلمين — وفي ص ١٥١ يقول المؤلف أن الشيعة كانوا يقيسون الإمامة على النبوة .

(٢) راجع « تحليل الأحكام » (المراجع السابق) ص ٣٢٧ للاستاذ الشيخ محمد شلبي وراجع أيضاً كتاب « التشريع الإسلامي وأثره في الفقه الغربي » ص ٣٥ للاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى حيث يقول : « أن من يبحث في تشريعات الصحابة والتابعين ومن إليهم من الفقهاء المجتهدين يعرف يقيناً أن من هؤلاء من عمل على تأويل بعض النصوص أو إعمال القياس رعاية لهذه المصالح وتحقيقها . وفي ذلك يقول صاحب المنار « أن مراعاة المصلحة هي الأصل فيمن عهد إليه شيء من أمر الناس » ويقول العالم الجليل الأستاذ أحمد أمين « أن ابن المقفع قرر مبدأ قيساً هو أن القياس ليس إلا وسيلة لتحقيق العدالة وطريقاً من طرق الوصول إليها فحق رؤيت العدالة من غير القياس يجب أن يرضى بالقياس » .

ونلاحظ هذا الصدد أن ابن المقفع وإن كان من كبار رجال الفكر والعلم والأدب الذين يفضيهم التاريخ الإسلامي فإنه لا يعد من علماء الشريعة ، لذلك فقد كان الأجدر بعالم جليل مثل المرحوم الأستاذ أحمد أمين ألا يستند إلى آرائه كرجع من المراجع في هذا المقام ، لا سيما إذا لاحظنا ما هو معروف عن ابن المقفع من أنه من كانت عقيدتهم الدينية موضع الشك واللعن .

المبحث الثالث

المصادر (أو أدلة الأعلام) المختلف عليها

أهم هذه المصادر — كما قدمنا — ستة : الاستحسان ، والمصالح المرسلة والعرف ، والاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابي .

وستقسم هذه المصادر الى قسمين :

القسم الأول : ويشمل الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف .

القسم الثاني : ويشمل الاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابي

المطلب الأول

الاستحسان ، والمصالح المرسلة ، والعرف

تمهيد — أسباب الجمع بين التمسك — يجدر بنا أولا أن نبين لماذا جمعنا بين هذه الثلاثة معا ؟

ذلك لأنها تقوم جميعا على أساس واحد ، أساس فكرة واحدة : هي الأخذ بالحكم الشرعي الذي يمليه المصالح العام (أو المصلحة) على حد تعبير علماء الشريعة) بما لا يتعارض مع المبادئ العامة للشريعة ، وذلك مع مراعاة بعض شروط معينة في كل حالة من هذه الحالات الثلاث سبقت الإشارة إليها في موضعها (١) فالاستحسان — كما بيناه ليس في حقيقة أمره (كما يقرر الأستاذ الشيخ خلاف) الا سبيلا من السبل التي استنبطها الأصوليون للخروج من ريقه أو من ضيق بعض ما وضعوه من قواعد وقیود حين يتبين أنها لا تسع لتحقيق مصالح العباد (٢) .

(١) راجع ما سبق لنا ذكره من الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف ص ٩٥ وما بعدها ، وص ٩٦ وما بعدها ، وص ١٠١ وما بعدها .

(٢) « السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية » (طبعة ١٣٥٠ هجرية ص ١٢) للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف، أو — كما عرفه شمس الدين السرخسي — « الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس » راجع في ذلك كتاب « أسباب اختلاف الفقهاء » للأستاذ الشيخ حل الخفيف ص ٢٣٦

فالاستحسان هو صورة من صور المصالح المرسلّة في بعض حالات معينة (هي حالة مخالفة القياس أو حالة مخالفة قاعدة عامة للأخذ بالاستثناء ، إذا كانت المصلحة لا تتحقق عن طريق اجراء القياس أو عن طريق الأخذ بالقاعدة العامة) ، فالمصالح المرسلّة أعم من الاستحسان (١)

وكذلك شأن العرف : أن أساسه هو مراعاة المصلحة ، فهو — على حد تعبير بعض علماء الشريعة — « لا يعتبر الا تبعا لمصلحة راجحة » (٢) ، فهو شأنه شأن المصالح المرسلّة يعد — كما قدمنا — من مظاهر مسايرة التشريع الاسلامي لمصالح الناس ، بعبارة أخرى أنه يعد صورة من صور مراعاة « المصالح المرسلّة » حتّى أننا نجد بعض علماء الشريعة لا يعدونه مصدراً مستقلاً عنها (٣) .

قبل أن ننهي من هذه الكلمة التمهيدية يجدر بنا أن نوجه الأنظار الى أنه يجب ألا يفهم من وضعنا هذه الثلاثة (الاستحسان والمصالح المرسلّة والعرف) بين المصادر المختلف عليها ، ومن قولنا أنها جميعا تقوم على أساس واحد : هو « المصلحة » ، نقول أنه يجب ألا يفهم من هذا وذاك أن علماء الشريعة قد اختلفوا في أمر قيام التشريع على أساس المصلحة ، فالواقع — كما يقرر الأستاذ الشيخ خلاف — « أنه لم يذهب واحد منهم الى أنه لا تشريع الا بناء على مصلحة اعتبرها الشارع » وإنما الذي فتح باب الاختلاف فيها هو أن بعض ولاية الأمور اتخذوا « المصلحة » وسيلة الى التشريع لتحقيق أهوائهم ، وبعض العلماء ألبسوا الهوى ثوب المصلحة ، وبعضهم شرع لمصلحة فردية لا لمصلحة اجتماعية ، فنشأ الاختلاف في التشريع بالمصالح المرسلّة خوفا من اتخاذها وسيلة الى الأهواء والمصالح الخاصة .. الخ » (٤) .

(١) راجع « المختل » للأستاذ الشيخ شبلي ص ١٧٧

(٢) راجع « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ محمد شبلي ص ١٧٦ ، ١٧٧ وراجع « أسباب اختلاف الفقهاء » للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٢٥٨ حيث يقول : « أن أساس العرف هو مراعاة المصلحة » .

(٣) راجع ص ١٠٥ هامش ٢ ، ١٠٦ ، ١٠٧

(٤) راجع « مصادر الشريعة الاسلامية مرة » (البحث السابق الاشارة اليه) ص ٢٧١ للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف .

أما وقد انتبهنا من هذه الكلمة التمهيدية فانا ننتقل الى البحوث التالية :

(أولاً) هل يصح أن يعد الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف في عداد « المصادر » ؟

(ثانياً) سواء صح أم لم يصح اعتبارها من المصادر فهل كان لها مكان في ميدان الأحكام الدستورية في تاريخ الشريعة الاسلامية ؟

(ثالثاً) هل تعد الأحكام الشرعية الدستورية التي سبق صدورها في أحد العصور السابقة حجة علينا ملزمة لنا في هذا العصر وذلك حين تكون تلك الأحكام مبنية على الاستحسان أو المصالح المرسلة أو العرف ؟

(أولاً) هل يصح أنه يمر الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف في عداد المصادر ؟

سنتكلم هنا أولاً عن الاستحسان والمصالح المرسلة ، ثم ننتقل الى الكلام عن العرف .

(١) الاستحسان والمصالح المرسلة — اذا عرفنا أن اصطلاح « المصادر » لا يستعمل — في لغة الفقه الحديث — إلا بالنسبة للقانون بمعناه العام أو الواسع لا القانون بمعناه الخاص أو الضيق فانا يمكننا إذأ أن نقرر أن الاستحسان والمصالح المرسلة لا يصح أن نعدهما في عداد مصادر القانون أو بعبارة أخرى مصادر الشريعة الاسلامية ، اللهم إلا اذا كان الرأي أو القرار المستمد من أحدهما (أى من الاستحسان أو من المصالح المرسلة) موضع « إجماع » أو صلب به « تشريع من أولى الأمر » (مع مراعاة الشروط التي سبق بيانها عن كليهما) ، ولكن

المصدر في هذه الحالة انما يكون هو الاحماع أو التشريع الصادر من أولى الأمر ، وليس الاستحسان أو المصالح المرسله هو المصدر (١) .

أما الرجوع الى الاستحسان أو المصالح المرسله في الشريعة الاسلامية فهو يقابل ما اصطلاح على تسميته في الفقه الوضعي الحديث بالرجوع الى « مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

ويقصد بالرجوع الى « مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » - طبقاً للتفسير الصحيح في الفقه الحديث - الرجوع الى « جوهر » القانون أى المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية لكي نستلهم الرأى أو القرار من تلك المصادر حين لا نجد أمامنا مصلداً من المصادر الرسمية نستلهم منه ذلك الرأى أو القرار . ومعلوم بداهة أننا حين نتكلم عن « المصادر » دون وصف آخر فانما يكون المقصود - في لغة الفقه الحديث - « المصادر الرسمية » لا المصادر المادية أو الموضوعية للقانون (٢) .

(١) يجب ألا يفوتنا (أولاً) أن علماء الشريعة في العصر الحديث قد اقتبسوا اصطلاح « المصادر » من رجال الفقه الوضعي الحديث .

ولا يفوتنا (ثانياً) أن كلمة القانون لها معنيان : أحدهما واسع أو عام والآخر ضيق أو خاص فالقانون بمعنى الواسع أو العام (Droit في لغة الفقه الفرنسي) يقصد به مجموع القواعد التي تنظم الحياة في المجتمع والتي تلزم السلطة العامة الأفراد على احترامها . أما القانون بمعنى الضيق أو الخاص (Loi في لغة الفقه الفرنسي) فيشمل ذلك الجزء (من القانون بمعنى العام) الذي يصدر بطريق التشريع أى من السلطة التشريعية العادية .

(٢) يقصد « بالمصادر المادية أو الموضوعية sources réelles ou matérielles لقانون أو « جوهر » القانون : حقائق الحياة الواقعية في المجتمع ومثله العليا في العدالة - راجع في ذلك « أصول القانون » (الطبعة الثانية ١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ١١٥ - ١١٧ للأستاذ الدكتور حسن كبره .

فهذه المصادر الموضوعية هي ما نطلق عليه أحيانا « ظروف البيئة الاجتماعية » أو ما يقضى به الصالح العام (أو « المصلحة » على حد تعبير علماء الشريعة) ، وهذه يجب على المشرع أن يلتزم بها فيما يصدره من تشريعات والا كان تشريعا ظالما لا يكتب له عادة البقاء . وحين يكون التشريع =

(ب) العرف : أما العرف فأمر اعتباره من المصادر للقانون فهو مما لا موضع للخلاف فيه . على أننا نجد بنا أن توجه الأنظار الى أن العنصر الذى يسبغ عليه صبغة المصدر أى صفة الالتزام ليس عنصر « المصلحة » (أى مقتضيات الصالح العام أو الملاءمة مع ظروف البيئة) ، فلو صح ذلك لكان واجبا أن نعد الامتثال أو المصالح المرسل من المصادر .

ولكن ذلك العنصر الذى يسبغ صبغة المصدر على العرف إنما هو الإجماع ، وهذا الإجماع أعم من « الإجماع » المعروف لدى علماء الشريعة والذى سبق لنا الكلام عنه ، ذلك لأن الإجماع فى حالة العرف لا يشمل فحسب « إجماع المجتهدين » إنما هو عبارة عن إجماع جميع الأفراد على اتباع القاعدة العرفية بصورة مطردة ، أى أن يتكرر اتباعهم لها بانتظام (وذلك مع مراعاة الشروط التى سبق لنا ذكرها بصدد الكلام عن العرف) (١) .

وإذا أردنا أن نتكلم بلغة الفقه الحديث فأننا نقول أن ذلك العنصر ليس فحسب هو اطراد جميع الأفراد على اتباع تلك القاعدة العرفية ، وإنما هو

« ناقصاً أو (كما يقول الدكتور كير في كتابه ص ١١٦) إذا « لم يتح لحقائق الحياة الاجتماعية ومنها العليا أن تجد طريقها الى التعبير على يد السلطات المختصة ، بذلك لم يكن للقاضي أن يقف مكتوف الذراعين فينكل من الحكم والا ارتكب ما يسمى بجريمة انكار العدالة *déni de justice* وإنما عليه أن يستبطن الحكم من هذه الحقائق وتلك المثل ، أى من المصدر المادى أو الموضوعى للقانون » .

ولقد رأى المشرع المصرى أن يعبر عن هذا الجوهر أو تلك المصادر الموضوعية باصطلاح « مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

أما المصادر الرسمية *Sources Formelles* فهى التى تسبغ على هذا الجوهر صفة الوضعية أو الشرعية بما تعطى له من شكل ملزم للناس .

وهل هذا تكون المصادر الرسمية للقانون المبنى مثلاً في مصر هي : (أولاً) في مسائل الأحوال الشخصية : الدين أى الديانات المختلفة في مصر باختلاف عقائد المصريين ، و(ثانياً) في غير مسائل الأحوال الشخصية : التشريع ثم العرف ثم الشريعة الإسلامية .

راجع فيما تقدم « أصول القانون » (المرجع السابق ذكره) ص ٥٢٨ ، ١١٧ ثم ٢٧٥

(١) راجع ص ١٠٣ - ١٠٥

كذلك بل وقبل ذلك : « أن يقوم في أذهانهم أن تلك القاعدة ملزمة لهم أي أن احترامها واجب عليهم » بعبارة أخرى أن يتوفر ذلك العنصر الذي يطلق عليه العنصر النفساني أو المعنوي (١) .

(ثانيا) هل له لمرسماه والمصالح المرسنة والعرف مظهر في مبداه الأعلام الدستورية في تاريخ التشريع الإسلامي .

سواء عدت هذه الثلاثة (أو بعضها) أو لم تعد في عداد المصادر فإن الذي يهمننا هنا هو معرفة هل نجد لها — إذا نظرنا إليها من الناحية التاريخية — مكانا في ميدان الأحكام الدستورية ؟ بعبارة أخرى هل كان الصحابة والتابعون ومن جاء بعدهم من الأئمة وفقهاء الشريعة يستملون ما يستنبطون من أحكام شرعية (في الشؤون الدستورية) عن طريق الاستحسان أو المصالح المرسلة أو العرف ؟ من الأمور الثابتة أن الصحابة التابعين كانوا يعملون « بالمصلحة » دون أن يضبطوها بضابط غير كونها موافقة لمقاصد الشارع من تحقيق نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ، أما تلك الضوابط ، أي تلك الحدود والقيود التي وضعت على المصلحة (حين الاستناد الى الاستحسان أو المصالح المرسلة أو العرف) فقد وضعها الأصوليون — كما قلنا — فيما بعد في القرن الثاني الهجري (أي في عصر كبار الأئمة) (٢) .

ولقد كانوا يأخذون بالمصلحة — فيما يبدلون — بصدد جميع أنواع الأحكام الشرعية بما فيها الأحكام الدستورية (اللهم الا العبادات وما يلحق بها) على أننا نلاحظ أن الأمثلة التي أوردها علماء الشريعة بهذا الصدد تكاد جميعا تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية والمسائل المدنية والتجارية وغيرها من مسائل القانون الخاص .

على أننا إذا رجعنا الى التاريخ الاسلامي السياسي والدستوري فأننا نجد فيه بعضا من الأمثلة التي تبين لنا كيف أن الصحابة كانوا يأخذون — بصدد الأحكام

(١) راجع ما سبق لنا ذكره بصدد الكلام عن « تعريف العرف » ص ١٠٢

(٢) راجع « الفقه الاسلامي بين المثالية والواقعية » للأستاذ الشيخ شلي ص ١٦٦

الدستورية - بما تقتضي به المصلحة عند عدم وجود نص ، وذلك مثل الطرق المختلفة التي اتبعت في اختيار الخليفة ، والأساليب المختلفة التي كان يتبعها الخلفاء في الأخذ بالشورى ، وغير ذلك مما لا موضع للتفصيل فيه في هذا المقام (وانما سيكون موضعه بصدده كلامنا فيما بعد عن « المبادئ الدستورية الاسلام ») (١) .

على أننا لا نعرف مثالا واحداً كانوا يأخذون فيه بالعرف في هذا المقام ، أى ما نطلق عليه - في لغة الفقه الحديث - « العرف الدستوري » .

(ثالثاً) هل ندر الأعلام الشرعية الدستورية في هذا المقام والصادرة في عصر مايرى مجتهدنا في العصر الحديث ؟

موضوع البحث هنا عن تلك الأحكام الشرعية الدستورية التي استنبطها الصحابة أو غيرهم من التابعين أو الأئمة أو الفقهاء المجتهدين في أحد العصور السالفة وكانت تلك الأحكام الشرعية الدستورية مبنية على الاستحسان أو المصالح المرسلة أو العرف ، هل تعد تلك الأحكام حجة ملزمة لنا في العصر الحديث ؟ .

ان من الأمور البينة التي لا يعوزها بيان - فيما نرى - أنها جميعاً لا تعد حجة علينا في هذا العصر :

(١) لأن الأخذ بالاستحسان أو المصالح المرسلة لا يصبح - كما قدمنا - حجة شرعية ملزمة للجماعة الا اذا كان الحكم الشرعي في هذه الحالة موضع اجماع أو صدر به تشريع من أولى الأمر ، وقد تقدم القول أن الإجماع لا مكان له بصدده الأحكام الدستورية في هذا العصر ، وكذلك التشريعات

(١) يلاحظ أننا نجد الإمام القرافي - بصدده ذكر الأشطة لما جرى عليه الصحابة من العمل بالمصاحبة - أشار الى ولاية العهد من أبي بكر لعمر وكذلك ترك الخلافة شورى - راجع بحث الأستاذ الشيخ خلاف مصادر الشريعة الاسلامية مرنه (السابق ذكره والمنشور بمجلة القانون والاقتصاد عدد مايو ١٩٤٥ صفحة ٢٧١) .

الصادرة من أولى الأمر لا حجية لها في غير العصر أو العهد
الذى صدرت فيه الا اذا أقرها صراحة أو ضمننا أولو الأمر
فيها تلا ذلك العصر من العصور .

(ب) أما العرف فأن الأحكام الشرعية المستمدة منه — كما هو
معلوم وكما يقرر علماء الشريعة فيما قدمنا — تتغير بتغير العرف
زمانا ومكانا (١) ، وهذا فضلا عن أن من شروط
الأخذ بالعرف — فيما يقرر علماء الشريعة أيضاً — أن يكون
العرف لا يزال قائما قبل وقت حدوث التصرف الذى يراد
الاستناد فيه الى العرف (٢) .

التفرد بين العرف (كما عرفه علماء الشريعة) والعرف في الشؤون الدستورية
يجدر بنا في مقام الختام أن نوجه الأنظار الى أن العرف الذى عرفه
علماء الشريعة هو العرف المعروف في مسائل الأحوال الشخصية والمدنية
والتجارية وغيرها من فروع القانون الخاص . و فرق بين هذا العرف والعرف
الدستورى (أى ذلك الذى يعد مصدراً لبعض الأحكام الدستورية) .

فالعرف الدستورى يمكننا تعريفه بأنه عبارة عن عادة درجت
عليها هيئة حكومية (أى رئيس دولة أو برلمان أو وزارة) (٣) في الشؤون
المتصلة بنظام الحكم في الدولة ، بموافقة (أو بالأقل دون معارضة) غيرها

(١) راجع ص ١٠٦ من هذا البحث .

(٢) راجع ص ١٠٤

(٣) نقول : « درجت عليها هيئة حكومية » ، « لادرج عليها الناس » كما هو الشأن في العرف
العائلى (أى المعروف في القانون الخاص) .

من الهيئات الحكومية ذات الشأن، وتلك العادة في نظر تلك الهيئات الحكومية وضميرها القانوني ما للقواعد الدستورية المدونة (الدستور) من احترام ومن جزاء Sanction (١) .

المطلب الثاني

الاستصحاب : وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابي

تمهيد - جمعنا بين هذه الأدلة الثلاثة في مبحث واحد نظراً لما هي عليه جميعاً من قليل الأهمية ولأنها جميعاً لاتعد من المصادر ، فهي لذلك لا تتطلب مناسوي كلمة موجزه نبين فيها أنها لا يصح أن تعد في عداد المصادر ، وبالتالي فهي لا تجوز أن تعد مصادر للأحكام الشرعية الدستورية في هذا العصر ولا في غير هذا العصر .

(فأولاً) الاستصحاب

الاستصحاب - كما عرفه الأصوليون - ما هو في الواقع سوى مبدأ من المبادئ القانونية الأولية بل والبدئية : ذلك هو المبدأ القائل بأن الأصل هو أن القاعدة القانونية اذا صدرت صحيحة فأنها تظل سارية معمولاً بها حتى يتم إلغاؤها قانوناً (٢) . هذا المبدأ لا يعد بداهة مصلحاً من مصادر القانون إنما هو بدئية من بدئياته ، عد في عداد المصادر (أو الأدلة) وهو ليس

(١) من أسئلة العرف الدستوري في مصر في ظل دستور ١٩٢٣ : حق رئيس الدولة في رئاسة مجلس الوزراء ، فقد تقرر له هذا الحق بناء على العرف لا بناء على نص في الدستور . وفي فرنسا يذكرون من أسئلة ذلك العرف الدستوري قاعدة سنوية الميزانية ، ودور رئيس الوزارة - لزيادة التفصيل راجع كتابنا « المفصل في القانون الدستوري » ج ١ طبعة ١٩٥٢ ص ١٥٦ وما بعدها أو كتابنا « الوسيط في القانون الدستوري » طبعة ١٩٥٦ ص ١٠٩ وما بعدها .

(٢) راجع « أصول القانون » للأستاذ الدكتور كير ص ٣٩٨

وراجع التعريف الذي سبق ذكره للاستصحاب (كما عرفه علماء الشريعة) صفحة ١٠٧ حيث عرفوه بأنه « استبقاء الحكم الشرعي الذي كان باقياً في الماضي وذلك حتى يتم تعديله أو إلغاؤه » .

منها (١) وإذا نحن رجعنا الى النتائج أو المبادئ التي يربتها الأصوليون على الأخذ بهذا الدليل (الاستصحاب) فانه يتبين لنا أنه لا مكان لها في ميدان الأحكام الدستورية ، انما نجد مكانها — كما يتبين من الأمثلة المتعددة التي ذكروها — في ميدان أحكام العبادات أو الأحوال الشخصية والمدنية والتجارية ، وكذلك الخنائية ، أما الأحكام الدستورية فلا مكان لذلك الدليل في ميدانها . فثلاً يذكر في مقدمة تلك النتائج أو المبادئ (المرتبة على الاستصحاب) مبدأ « الأصل في الأشياء الاباحة » أو بعبارة أخرى مبدأ « كل ما ليس ممنوعاً فهو مباح » ، وهذا هو أهم المبادئ المرتبة على الاستصحاب فيما ذكر الأصوليون . فهذا المبدأ لا يمكن — فيما هو بين — أن يكون له مكان في هذا الميدان الذي هو ميدان الاختصاصات للهيات الحاكمة ، والحقوق العامة الأساسية للأفراد ازاء الدولة . ومن المبادئ الثابتة المقررة أن ليس لهذه الهيئات من الاختصاصات ولا للأفراد من تلك الحقوق العامة الا ما يتقرر لها ولهم بناء على نص أو عرف (٢) .

ثانياً — شرع من قبلنا

هذا الدليل كذلك لا يصحح في الواقع أن بعد دليلاً أو مصدرأ مستقلاً ، لأنه اذا كانت هناك بعض من أحكام « شريعة من قبلنا » (أى الشرائع السماوية الأخرى) قد أقرها القرآن أو السنة ، فان هذه الأحكام يجب اذا أن تعد جزءاً من القرآن أو السنة ، ويصبح المصدر في هذه الحالة هو القرآن أو السنة لا « شرع من قبلنا » .

أما اذا لم يقرها القرآن أو السنة فن الأمور البينة المتفق عليها ألا حجية لأحكام تلك الشرائع السماوية على المسلمين في نظر الشريعة الإسلامية (٣) .

(١) لاحظ بعض علماء الشريعة بحق أن بعض الأصوليين يذكر ضمن مصادر الشريعة (أو « أدلة الأحكام ») ما ليس منها — ذلك هو ما لاحظ الأستاذ الشيخ شلبى (في بحثه : « الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية » ص ١٠٨

(٢) وفيما يتعلق بالشريعة الإسلامية يجب أن نضيف الاجماع .

(٣) وسجد هنا بالذكر أن من الأمور المختلف عليها بين علماء الشريعة هو ما اذا كان يعد مجرد تعرض القرآن أو السنة لبعض الأحكام الشرعية السماوية السابقة في بعض ما ورد فيها من القصاص =

(ثالثاً) مذهب الصحابي

ان « مذهب الصحابي » ليس في الواقع سوى مجرد « اجتهاد » من الصحابي ، فلم يكن مما يجوز - في رأينا - أن يعد في عداد المصادر أو « الأدلة » - في باب التشريع - الا اذا كان هذا الاجتهاد أو الرأي الفردي بصدده مسألة معينة موضع « اجماع » - وفي هذه الحالة يصبح المصدر هو الاجماع لا مذهب الصحابي .

واذا كان الاجماع - حتى لو كان اجماع مجتهدي الصحابة - لا حجية له علينا (كما بينا) في هذا العصر الحديث في ميدان الأحكام الدستورية ، فان ذلك يغدو من باب أولى شأن مذهب الصحابي (١) .

== أقراروا منها (من القرآن أو السنة) لتلك الأحكام الدماوية السابقة . ولقد تقدم القول أننا رجسنا الرأي القائل بأن ذلك لا يعد أقراراً وبالتالي لا يكون ثمة حجية لتلك الأحكام - راجع من ١٠٩

(١) المعروف أن الصحابة كان يخالف بعضهم بعضاً أحياناً ، كما يلاحظ أن المتأخرين أسبقوا حل آراء الصحابة من الأهمية أكثر مما كانوا أنفسهم عليها يسبقون .

خاتمة

يتبين بجلاء من هذا البحث عما لا يدع سبيلا للريب أمام الباحثين أن مصادر الشريعة الإسلامية - وخاصة في الشؤون الدستورية - ذات مرونة من شأنها أن تجعل أحكامها قابلة للتطور والملاءمة مع مختلف البيئات والأمكنة في مختلف الأزمنة .

وكذلك يتبين أن اتهام بعض المستشرقين ، واتهام بعض من غير المستشرقين من غير الباحثين الصادقين ، لمصادر الشريعة ولأحكامها بالقسم أو بالحمود ، إنما هو اتهام صادر عن خلط بين الشريعة وبعض من فقهاء الشريعة ، فوصفت ببعض صفاتهم ، وسنة الخلط بين الشريعة ورجال الشريعة ، واتهام الشريعة ببعض أخطاء فريق من رجالها ، هي سنة عرفت منذ سنين عن كثير من المستشرقين وعن غير الصادقين من الباحثين ، وأهو اتهام صادر في حقيقة أمره عن نظر إلى سفح ذلك الطود الأشم ، أو إلى سطح ذلك اليم الخضم ، دون نظر إلى تلك القسم والآفاق ، أو إلى تلك الأغوار والأعماق .

ذلك كله سوف يتبين بجلاء أكثر ، وبأسانيد أقوى وأوفر ، حين نقدم بحثنا عن « المبادئ الدستورية ونظام الحكم في الاسلام » ، ذلك البحث الذي بدأناه مع بداية عام ١٩٥٩ ، ولم نكد نصل إلى نهايته ، ونبدأ في كتابته - وكان ذلك منذ نحو عامين - حتى تبين لنا بأجلى بيان ، بلغ حد الايمان - كما ذكرنا في مقدمة هذا البحث - أن كل بحث علمي جدي عن « المبادئ الدستورية ونظام الحكم في الاسلام » يجب أن تمهد له أولاً ببيان مصادر تلك المبادئ وذلك النظام . ذلك هو النهج السليم ، وتلك - كما بينا - هي سنة البحث العلمي القويم ، وذلك هو السبيل الذي نصل به - كما ذكرنا في المقدمة - إلى حسم الكثير من أوجه الخلاف حول ذلك الموضوع الأساسي الذي لم يكن بحثنا هذا الا تمهيداً له وهو موضوع « المبادئ الدستورية ونظام الحكم في الاسلام » ، وهو بحث أرجو أن أوفق إلى اخراجه ونشره بعد أمد غير طويل ، والله الموفق إلى سوى السبيل .

اسكندرية في ١/٦/١٩٦٣

فهرس

مقدمة عامة : المنهج العلمى للبحث، خطة البحث وأهدافه وبيان أوجه أهميته .

المبحث الأول : خصائص الشريعة الإسلامية .

- ١ - تشريع الهى وتشريع وصى .
- ٢ - الأحكام الشرعية ذات صبغة كلية .
- ٣ - المرونة ومراعاة ظروف البيئة - اتهام المستشرقين للشريعة بالجمود ومناقشته .
- ٤ - صبغة عالمية (غير ذات صبغة اقليمية) .
- ٥ - التيسير والتطفيف (« نفى الحرج ») .
- ٦ - روح الاعتدال .

صفحة

المبحث الثانى : مصادر الشريعة كما بينها الأصوليون من علمائها ٣٦

الفرع الأول : المصادر المتفق عليها : ٣٧

- ١ - القرآن - ملحوظات وبيانات عامة - خصائصه .
- ٢ - السنة - مشكلة تدوينها - أنواعها باعتبار سندها وأهمية التفريق بين أنواعها من حيث ثبوتها ومن حيث حجيتها - مرتبة السنة بالنسبة لغيرها من مصادر الشريعة - متى تد السنة مصدراً من مصادر الشريعة - ما يمد وما لا يمد من السنة " تشريهاً عاماً " (سارياً لدى الأبد) ٤٤
- ٣ - الإجماع - تعريفه وأركانه - أنواعه (الإجماع الصريح ، والإجماع الضمى أو "السكوتى") - اللقوة القانونية للإجماع - مصدر حجتيته - مقارنة بين الإجماع و"الفقه المجمع عليه" (بفهمه لدى رجال القانون الوضعى فى مصر) ٥٩
- ٤ - القياس - تعريفه فى اصطلاح الأصوليين - بين القياس والإجماع - بين القياس والاجتهاد - أركان القياس - الأحكام الشرعية التى لا يجرى فيها القياس - الاستثناء وهل يجوز القياس عليه (فى الشريعة ، وفى الفقه

الرضى) - أدلة حجية القياس - ازدهار القياس بعد الفتوحات الإسلامية
أوجه الاختلاف بين التشريع الإسلامي والمصري بصدد القياس - اختلاف
حول القياس والانتقادات الموجبة إليه ٧٣

الفرع الثاني : المصادر المختلف عليها :

- ١ - الاستحسان - تعريفه - التفرقة بينه وبين القياس - العمل بالاستحسان
أنواعه : ٩٠
- (أ) الميل عن القياس الميل إلى القياس الخفى .
(ب) الاستثناء من حكم كل .
أدلة حجية الاستحسان ، ونقده .
- ٢ - المصالح المرسلة - تعريفها وشروطها - أدلة حجتها - الانتقادات
الموجهة إليها - الاتفاق حول مبدأ الأخذ " بالمصلحة " ٩٥
- ٣ - العرف - تعريفه وأركانه - أدلة حجته - القوة القانونية للعرف -
انكاره كصدر مستقل ١٠١
- ٤ - الاستصحاب - تعريفه - أدلة القائلين بحجته - النتائج أو المبادئ
الشرعية المترتبة على العمل بالاستصحاب - ملحوظات ١٠٧
- ٥ - شرع من قبلنا - تعريفه وأدلة القائلين بحجته ، وأدلة خصومه ١٠٩
- ٦ - مذهب الصواب - تعريفه - أدلة القائلين بحجته ، وأدلة خصومه ١١٢

المبحث الثالث : القانون الرومانى ومصادر الشريعة الإسلامية ١١٦

الفرع الأول : رأى القائل بأن الشريعة تأثرت بالقانون

الرومانى أو بأن هذا القانون من مصادرها : ١١٩

التشابه بين بعض الأنظمة القانونية (فى الرومانى والشريعة) وبين أسبابه

الفرع الثانى : مناقشة ذلك الرأى : ١٢٢

- ١ - هل التشابه بين نظامين قانونيين يعد حجة دليلا على أن أحدهما تأثر
بالآخر ؟
- ٢ - وإذا اجتمع حضارتان فى بلد واحد أحدهما أسمى وأعلى من
الأخرى ، فهل يؤدى اجتماعهما إلى أن تقلد أدناها أعلاها ؟
- ٣ - وإذا سلمنا أن الرومان وصلوا إلى مستوى حضارى أعلى مما وصل إليه
العرب فهل يترتب على ذلك حجة أن يكون القانون الرومانى فى مستوى
أعلى من التشريع الإسلامى .

- ٤ - وهل تأثر الفقه الاسلامي حقاً بما نقله اليه بعض فقهاء المسلمين الذين نشأوا في سوريا فتقلدوا منهم القانون الروماني .
- ٥ - وهل يصح القول بأن الفقهاء المسلمين اطلعوا على الفقه الروماني في عصر ترجمة التراث الفري .
- ٦ - وهل يعد أخذ العرب المسلمين بالعرف السائد في البلاد التي فتحوها تأثراً من جانب الاسلام بالقانون الروماني .
- ٧ - وهل انتقل القانون الروماني الى الفقه الاسلامي عن طريق الثقافة اليهودية .
- ٨ - وهل يصح القول بأن ذلك القانون انتقل الى ذلك الفقه عن طريق بعض ذوى الثقافة الاغريقية العالية الذين دخلوا في الاسلام .
- ٩ - وهل انتقل ذلك القانون عن طريق مدرسة الاسكندرية .

الفرع الثالث : الرأي القائل باستقلال الشريعة عن القانون الروماني

• بيان أدلة هذا الرأي : ١٣٩

- (أولاً) استقلال الشريعة من حيث نشأتها وتطورها .
- (ثانياً) الاختلاف في اللغة الفقهية .
- (ثالثاً) وجود مبادئ ونظم جديدة في الشريعة لا وجود لها في القانون الروماني .
- (رابعاً) وجود مبادئ وأنظمة في القانون الروماني لا وجود لها في الشريعة .
- (خامساً) شهادة بعض المستشرقين وبعض المؤتمرات الدولية للقانون المقارن
- خاتمة : ملاحظات ختامية :

- ١ - تأثر القانون الروماني بثقافات شرقية وبالفقه الاسلامي .
- ٢ - مدى تأثر العرب بالبلاد التي فتحوها (وذلك في ميدان التشريع) .
- ٣ - تأثر العرب بالفرس .

المبحث الرابع : مصادر الأحكام الدستورية في الشريعة الاسلامية

(في العصر الحديث) : ١٤٧

كلمة تمهيدية

الفرع الأول : مصادر الأحكام الدستورية :

(أولاً) القرآن - ملاحظات عامة ١٤٩

مقدمة

- (ثانياً) الحقبة - ما يمد من أنواع السنن مصدراً من مصادر القانون
الاستورى فى الشريعة الاسلامىة - ما يمد من سنن الأحكام الدستورية " تشريعاً
عاماً " (أبدياً) ١٥١
- (ثالثاً) التشريع الدستورى الصادر من " أولى الأمر " : أدلة
حجية هذا التشريع - حدود طاعة أولى الأمر - ملحوظات ختامية ١٦٦

الفرع الثانى : المصادر الأخرى للشريعة وميدان الأحكام الدستورية

- بيان ألا مكان لما فى هذا الميدان فى عصرنا هذا ١٧٠

١ - الإجماع : المطلب الأول :

- بحث فى هل يمد الإجماع من مصادر الأحكام الدستورية فى هذا العصر -
الاعتراض القائل بإمكان الأخذ بالإجماع الضمى (أو " السكونى ")
ومناقشته - الاعتراض القائل بإمكان انشاء " مجمع لتشريع الإسلامى "
ومناقشته ١٧٠

المطلب الثانى :

- بحث فى هل يمد الإجماع بصدد الأحكام الدستورية فى أحد المصور السالفة
ملزماً لنا فى هذا العصر ؟ ١٨٠

٢ - القياس : أسباب عدم الأخذ بالقياس فى هذا المقام

- المطلب الأول : ١٨٥

القياس ليس مصدراً من مصادر القانون :

- ١ - لئى علماء الأصول .
- ٢ - لئى علماء الفقه الوضعى الحديث .
- (أ) نظر الفقهاء الألمان .
- (ب) نظر الفقه الفرنسى - مدرسة التزام النص (أو الشرح على
المتون) ، والمدرسة العلمية .

(ج) الفقه المصرى وضعف عنايته بهذا الموضوع وبيان ما ساده
من خلاف وتردد بهذا الصدد - نية فكرة اقتباس التفرقة
بين القياس الجلى والقياس الخفى ، وبين الملة والحكمة ، من
الشريعة وادخالها الى الفقه المصرى .

المطلب الثاني

لا مكان للقياس في ميدان القانون الدستوري أو ميدان الأحكام الدستورية

في الشريعة في هذا العصر ٢٠١

١ - في القانون الدستوري (الوضعي) .

٢ - في الشريعة الإسلامية - القياس في التاريخ الدستوري الإسلامي .

٣ - المصادر المختلف عليها

المطلب الأول ٢٠٨

الاستحسان ، والمصالح المرسلة ، والعرف .

كلمة تمهيدية في بيان أسباب الجمع بين هذه الثلاثة .

(أولاً) هل يصح أن تعد في عداد المصادر .

(ثانياً) هل كان للاستحسان أو المصالح المرسلة والعرف مكان

في ميدان الأحكام الدستورية في تاريخ التشريع الإسلامي .

(ثالثاً) هل تعد الأحكام الشرعية الدستورية في هذا المقام والمصادرة

في عصر سابق حجة ملزمة لنا في العصر الحديث .

التفرقة بين العرف (كما عرفه علماء الشريعة) والعرف في الشؤون الدستورية .

المطلب الثاني ٢١٦

الاستصحاب ، وشرع من قبلنا ، ومنعج الصحابي .

كلمة تمهيدية في بيان أسباب الجمع بين هذه الثلاثة .

بيان عدم جواز اعتبارها جميعاً في عداد المصادر ، فضلاً عن أنه لا مكان

لها في ميدان الأحكام الدستورية .

خاتمة ٢١٩

الاختصاص والإجراءات

في منازعات إيجار الأماكن والأراضي الزراعية

بمقتضى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن

والقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بشأن تحديد إيجارها

والقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ بشأن لجان الفصل في المنازعات الزراعية

للككتور احمد أبو الوفا

أستاذ ورئيس قسم المرافعات بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

مقدمة

١ - المقصود من تنظيم العلاقة الإيجارية تنظيمها خاصا مستقرا :

إذا كان المشرع قبل الثورة لم يشأ أن يترك العلاقة بين المؤجر والمستأجر لتحكمها القواعد العامة ، وإذا كان قد أصدر في ١٤ يولية سنة ١٩٤٧ القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بقصد تنظيم هذه العلاقة تنظيمًا استثنائيًا بوائيم الحالة التي كانت قائمة وقت ذاك (١) ، فإن هذا التنظيم في ظل الثورة لم يعد له طابعه الاستثنائي بل هو الأصل العام في التشريع . فالذى يتسم بطابع عهدنا الجديد هو القضاء على الاستغلال بشتى صوره ، والقضاء على سيطرة رأس المال أيا كانت قيمته ، وإذا كان العهد أو الميثاق يبقى على الملكية الفردية فذلك لتشارك في بناء صرح الوطن ، ولتكون أداة فعالة ووسيلة أكيدة لخدمة مجموع الأمة دون أن تحرم صاحبها من اقتضاء الثمرة والمنفعة التي تحددها له القوانين الخاصة .

(١) على وفق الأوامر العسكرية التي كانت تنظم هذه العلاقة قبل صدور القانون توصلًا لعلاج الحالة الناجمة عن ضائقة المساكن .

لهذا قام المشرع في عهد الثورة بتعديل القانون المتقدم مرات متعددة ، بل لقد نظم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على نحو آخر بالنسبة لتحديد إيجار المباني عملاً بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ . هذا فضلاً عن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر في الأراضي الزراعية بمقتضى قوانين الإصلاح الزراعى والقوانين المكملة والمعدلة لها بمقتضى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ .

ولقد شاء المشرع في القوانين المتقدمة تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين على نحو يخالف القواعد المقررة في القانون المدنى . ومما يجب تأكيده في هذا الصدد أن هذا التنظيم لم يعد له كما قدمنا طابعه الاستثنائى وإنما أصبح هو الأصل العام في التشريع ؛ فالغرض الأساسى من قيام الثورة في سنة ١٩٥٢ هو القضاء على الظلم الاجتماعى ، ولقد نجحت وانتصرت في محاربته له .

شاء المشرع اذن أن ينظم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين على نحو تسوده العدالة والطمأنينة وتكتمل فيه معانى الانسانية في أجل صورة لها . فالمسكن يأخذ من حياة المواطن جانباً هاماً ، والأرض الزراعية تأخذ جانباً أهم . ولهذا منع المشرع استغلال المؤجر سواء بالنسبة الى تحديد الإيجار أو بالنسبة الى إنهاء العقد لأى سبب من الأسباب .

ولم يكتف المشرع بوضع قواعد موضوعية خاصة في هذا الصدد وإنما هو أيضاً وضع اجراءات مبسطة بقصد استكمال حماية المستأجر وعدم إرهاقه وإغراقه في شكيليات عميقة ، وبهذا ييسر عليه ويعفيه من جهد كبير وعناء ليس باليسير .

ولم تحظ تلك القواعد والاجراءات بعناية كبيرة من جانب الفقه من قبل ، ولعل طابعها الاستثنائى الذى كان يبدو واضحاً وقت صدورها هو الذى عرقل تقدم الفقه في هذا الشأن ، ولكن استقرار العقيدة على وجوب تحقيق الضمان وتوفير الاطمئنان للمواطنين هو الذى يحتم أن تتسم تلك القواعد والاجراءات بطابع الاستقرار ، وهو الذى حفز الفقه بعدئذ على تحقيق أكبر عناية في هذا الشأن .

وبما هو جدير بالذكر أن المشرع يوضع القوانين المتقدمة المتصلة بالنظام العام شاء أن يحمي المستأجر من عبث المؤجر ومشاكسته واستغلاله ، وأن يتقف الى جانبه ويستبدل من ضعفه قوة ، وشاء أن يفرض هذه الحماية عليه في كل مراحل تنفيذ العقد حتى لا يتخاذل في وقت ما عن ضعف أو عن تسامح .

ففكرة النظام العام في صدد هذه القوانين ، وفرضها في أهم نصوصها إنما هو تحقيق لأهم غرض أساسي قامت الثورة من أجله وهو تحقيق العدالة الاجتماعية وحماية المستأجرين حماية كاملة تكفل لهم حياة مستقرة وكل هذه الاعتبارات تقتضى حتماً تقرير الحماية للمستأجر ليس فقط في بدء التعاقد فحسب - كما يتصور البعض - وإنما في سائر مراحل تنفيذ العقد .

وبعبارة أخرى شاء المشرع أن يحمي المستأجر من نفسه عندما يضعف ويتخاذل أمام المؤجر ، خاصة مستأجر الأرض الزراعية - فالفروق الطبقة قد تؤدي الى مثل هذا الضعف أو التخاذل - وهنا يتدخل تشريع الثورة لحمايته ، وفي حمايته حماية لطبقة بأكملها ازاء طبقة أخرى . ولما كانت اذابة الفوارق بين الطبقات من الأغراض الأساسية يكون كل ما اتصل بها متعلقاً بالنظام العام .

وبعبارة صريحة ، اذا لم تفسر القوانين المتقدمة بما تمليه طبيعتها ، واذا لم يكن في الاعتبار الغرض الأساسي من قيامها وحتميتها وضرورتها لتنظيمنا الاقتصادي الحديث ، فان الأمر ينتهي الى تحكم المؤجرين فهدد الغرض الأساسي من وضع هذه القوانين وتتاثر حتماً حياة المواطن ، خاصة اذا قلت المساكن بسبب زيادة السكان (١) .

ويجب ألا يخفى أن المشرع قد أثر وضع القوانين المتقدمة بما تفرضه من أمان واستقرار للمستأجر ، وبما تفرضه من ضريبة تصاعدية على ملاك

(١) وحتى في حالة زيادة العرض عن الطلب فان القوانين المتقدمة لا تمنع من تنقيص الأجرة عن حدّها الأقصى المقرر في التشريع .

المباني وبما تفرضه من قيود على الملكية الزراعية ، ولم يحم بتأمين الملكية العقارية ذلك التأمين الذي كان يضمن بصورة أكيدة اطمئنان طائفة المستأجرين دون ما تهديد بانهاء عقد الايجار أو بزيادة الأجرة .

وبما لاشك فيه أن القوانين المتقدمة تفضل نظام تأمين الملكية العقارية ، وانما لا يساعد على الابقاء عليها واستقرارها والى تطبيقها تطبيقاً سليماً يتمشى مع الغرض الأساسى من قيامها . وبعبارة أخرى ، الترخيص فى صدها يؤدى الى اهدارها . واذن يبين مما تقدم أنه لا يقصد من القوانين السابقة مجرد علاج الحالة الناشئة عن ضائقة المساكن أو ضيق رقعة الأرض القابلة للزراعة .

٢ - يبطل بطلاناً متصلاً بالنظام العام كل اتفاق ولو لاحق لعقد الايجار يرمى الى زيادة الأجرة عن حدها الأقصى المقرر فى التشريع ، كما يبطل كل صلح يتم بتخفيض الأجرة المتفق عليها فى عقد الايجار بقدر معين دون أن تصل الى الحد المقرر فى التشريع :

اذن ، وعلى ماقدمناه ، لا يصح أن تقتصر حماية المشرع للمستأجر على بطلان شرط زيادة الأجرة عن حدها الأقصى المقرر فى التشريع اذا كان هذا الشرط وارداً فى صلب عقد الايجار ، وانما يجب أن تمتد حماية المشرع له طوال فترة تنفيذ عقد الايجار ، فينقذ باطلا بطلاناً متعلقاً بالنظام العام ذلك التعاقد اللاحق لعقد الايجار بزيادة الأجرة عن حدها الأقصى ، هذا على الرغم من أن المؤجر لا يتمكن من الزامه بهذه الزيادة وينقذ باطلاً أيضاً - بطلاناً متصلاً بالنظام العام - ذلك الصلح الذى يتم بتخفيض الأجرة المتفق عليها فى عقد الايجار بقدر معين دون أن تصل الى الحد المقرر فى التشريع . وهذا الاتفاق أو ذاك لا يحول دون أن يعود المستأجر فيطالب بتخفيض الأجرة الى حدها المقرر فى التشريع ، وذلك لأنه اذا كان تحديد الأجرة فى صلب عقد الايجار لا يؤمن معه

الاعتساف (١) بسبب حاجة المستأجر ورغبته في اقتناء المسكن وبسبب ضائقة المساكن ، فان هذه الرغبة هي بعينها قد تضطره الى مثل هذا التعاقد حتى يحتفظ به تحت تهديد أو ضغط يرغبة المؤجر في هدم المنزل مثلاً أو الإقامة فيه بنفسه أو بواسطة أولاده الخ ... ويتم في العادة مثل هذا التهديد دون اتخاذ أى إجراء قانوني أو عمل مادي يمكن المستأجر من اثباته مما يؤكد أن مجرد مطالبة المستأجر للمؤجر بتخفيض الأجرة الى الحد المقرر قانوناً تنشئ بينهما حالة من التوتر وتجعل المستأجر في حالة قلق وعدم استقرار ، بل قد تنغص عليه حياته خاصة اذا كان المؤجر يقيم في نفس المنزل وقد يجعل المؤجر من بواب منزله وسيلة لمشاكسة المستأجر بصورة متقطعة غير صريحة قد لا يمكن اثباتها .

واذن مثل الاتفاق المتقدم على الزيادة أو النقص بما يجاوز الحد الأقصى للأجرة لا يعتد به على الرغم من أنه قد يتم بعد انعقاد الإيجار وبعد استعمال الحصانة التي يكفلها التشريع للمستأجر .

ويقول البعض في هذا الصدد : « ... إذا رضى المستأجر بعد إبرام الإيجار وفي أثناء انتفاعه بالعين المؤجرة وتمتعه بالحصانة التي يكفلها له التشريع الاستثنائي بزيادة الأجرة أو بالنزول عن حقه في خفض الأجرة ، فان هذا الرضا لا تنوافر فيه الحكمة التي من أجلها قرر التشريع الاستثنائي بطلان الاتفاق على أجرة زائدة على الحد القانوني ، بل ان هذا الرضا يكون في هذه الظروف دليلاً على شعور المستأجر بالغبن الواقع على المؤجر بحكم القانون وبرغبته في انصاف المؤجر نوعاً ما بقبوله هذه الزيادة ، فيعين أعمال ارادته بذلك وعدم ابطالها (٢) .

(١) راجع القاعرة الابتدائية في ٩ مارس ١٩٥٣ المحاماة ٣٣ ص ١٠٤١٣٠٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ ص ٧٩٤ .

(٢) الدكتور سليمان مرقص « شرح قانون إيجار الأماكن » الطبعة الثالثة ص ١٠١ رقم ٣٦ وراجع أيضاً مؤلف الدكتور محمد لييب شنب في شرح أحكام الإيجار الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٢ رقم ٥٦ والأحكام المشار إليها .

وتتجه غالبية الأحكام الى تأكيد وجهة النظر المتقدمة ؛ فتقول محكمة القاهرة الابتدائية « ... من المتفق عليه فقهاً وقضاءً أن لصاحب الحق أن يتنازل عنه بمشيئته . وإذا كان القانون الذى يحمى هذا الحق يعتبر من النظام العام ، فإن التنازل عن الحق جائز إذا كان من قبيل المسائل المالية . والحكمة فى ذلك أن الضرر ان وجد لامس الصالح العام فى كثير أو قليل ، وإنما يلحق بالفرد وله الخيرة فى التمسك به أو الزول عنه ، ومن ثم فإن هذا الحق المالى يمكن أن يسقط أيضاً بالتنازل ... وبما أنه من واجب القضاء أن يعمل على سلامة الحالة الاقتصادية للأفراد لأنها تتألف منها الحالة الاقتصادية العامة للبلاد وأن يحمىها من الأخذ والجلب حتى يحفظ كيائها ... وبما أنه تطبيقاً لتلك الأسس يتعين على صاحب الحق وهو المستأجر - لكيلا يؤخذ عليه أنه تنازل عن حقه - أن يلجأ الى القاضى فى فترة معقولة تخضع لتقدير القضاء متمسكاً ومطالباً بما شرع القانون لصالحه بحيث اذا تراخى فى ذلك دون أسباب مقبولة كان للمؤجر ولل قضاء أن يعتبره بحق أنه تنازل عن استخدامه هذا الحق وأن ممارسته اياه بعد ذلك من سبيل الكيد والتعنت^(١).

ويقال أيضاً فى تأكيد ما تقدم أن الحقوق المالية المتعلقة بالنظام العام يجوز الزول عنها بشرط أن يكون هذا الزول عن الحق المالى المتعلق بالنظام العام بعد ثبوته لا قبل اكتسابه قد يقال « أنه اذا كان التزام المستأجر بدفع الأجرة لا يصبح مستحق الأداء الا فى المواعيد المحددة لدفع الأجرة ، فإن حق المستأجر فى عدم دفع مايزيد على الحد الأقصى للأجرة يثبت له من وقت التعاقد »^(٢) .

وتستند سائر المراجع المتقدمة وأحكام القضاء للوصول الى النتيجة سالفة الذكر الى أن قانون المساكن لا يبطل شرط زيادة الأجرة الا اذا كان وارداً فى صلب عقد الايجار وحال انعقاده ، فالمادة الرابعة من القانون

(١) محكمة القاهرة الابتدائية فى ٧ ديسمبر ١٩٥٢ فى القضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥٢

(٢) من مذكرات غير مطبوعة لطلبة السنة الثالثة بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية فى عقد الايجار تأليف الدكتور جلال العلوى .

تقول « لاجبوز أن تزيد الأجرة المتفق عليها في عقود الاجار ... » ،
والمادة السادسة تقول « يقع باطلا كل شرط يخالف للأحكام المتقدمة ويحكم
برد ما حصل زائداً على الأجرة المستحقة قانوناً أو باستقطاعه من الأجرة
التي يستحق دفعها ، كما يحكم برد أى مبلغ اضافى يكون الموجر قد اقتضاه
من المستأجر مباشرة أو عن طريق الوسيط في الاجار » (١) .

ومع ذلك نقول أن مثل الاتفاق المتقدم لا يعتبر باطلا بطلاناً متعلقاً
بالنظام العام فحسب بل هو معدوم - ولو تم بعد انعقاد الاجار - والمعلوم
لا تلحقه اجازة ، ولا يجوز فيه الصلح بل الاقرار لا يعتد به في هذا الصدد .
ومثل ذلك مثل معاشرة غير شرعية ، هل يجدى في شأنها الصلح أو الاقرار
أو تنفيذها بالفعل مهما طاللت مدة هذا التنفيذ ، وهل يصح أن يقال أن
الرضاء بذلك هو رضاء باستمرارها .

ومثل ما تقدم أيضاً مثل الفائدة التي تجاوز الحد المقرر في التشريع ،
فلا يجدى الاتفاق على ذلك ولو في عقد لاحق لعقد القرض . وفي هذا
تقرر المادة ٢٢٧ من القانون المدني أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر
آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى
مشترط فيها الفوائد ، على الا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة فاذا اتفق
على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة في المائة وتعين رد
ما دفع زائداً على هذا القدر .

وفي هذا نقول احدى المحاكم أن الاتفاق على الأجرة الزائدة يشبه
تماماً الاتفاق على فائدة تجاوز الحد المقرر ، ووجه المشابهة أن الفوائد تعتبر
من وجهة التكليف القانونى أجرة للقرض ، وأن التأمل في النصوص الخاصة
ببطلان الاتفاق ورد الزائد في الحالتين يلاحظ ما بينهما من تماثل في المبنى
وفي المعنى على صورة يمكن معها القول بان المشرع نقل أحكام أجرة

(١) راجع الأحكام العديدة التي أشار اليها الدكتور سليمان مرتضى في المرجع المتقدم ،
وراجع أيضاً القاهرة الابتدائية في أول ما يو ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ ص ١٣٩ و ٢٧ أكتوبر
سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ ص ١٠٧٩ و ٣ ديسمبر ١٩٥٩ المحاماة ٤٠ ص ٢٠

الأماكن عن أحكام فوائد الديون . ومن المعروف في عالم القانون أن الاتفاق على الفوائد الزائدة لاتصححه الاجازة ولا الصلح ولا الاقرار كما أن نية الطرفين لاتأثير لها فيه (١) .

كل هذا مع ملاحظة أن فكرة النظام العام في العلاقة بين المؤجر والمستأجر قد تطورت كما قلنا (٢) ، وأصبحت حماية المشرع للمستأجر غير مقيدة بوقت معين وإنما هي تمتد من بدء التعاقد الى سائر مراحل تنفيذ العقد . ويشف عن هذا القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ الذي يحدد اجار المباني على نحو ثابت دائم بالنسبة لأى مستأجر للبناء وعليه معرفة هذا التحديد في الادارات المحلية المختصة بالمحافظات .

وبكلمة واحدة ، يكفى لتأكيد خطأ الرأى الذى يجيز الانفاقات المتقدمة القول بأن ارادة المستأجر في جميع صورها تكون ارادة مشوبة بعنصر الاكراه والضغط ، ليس فقط في الأحوال التى يثبت فيها هذا الضغط أو الاكراه — كما اذا وجه المؤجر الى المستأجر انذارا بترك المسكن بحجة استعماله لنفسه أو لأحد أولاده (٣) — وإنما في سائر الأحوال اذ لا يمكن

(١) القاهرة الابتدائية ١٣ نوفمبر ١٩٥٤ الهامة السنة ٣٦ ص ٩١١

(٢) أنظر رقم (١) — يتجه الى الرأى المتقدم أيضاً الدكتور منصور مصطفى منصور في مذكراته المطبوعة في البيع والمقايضة والإيجار رقم ١٥٣ ص ٣٧١

(٣) تنجبه بعض المحاكم الى الحكم بدم مشروعية الزيادة التى يقبلها المستأجر اذا كان الاتفاق عليها إثر ارسال خطاب اليه من المؤجر يطلب منه فيه اخلاء المسكن لحاجته لزواج بنجله (مصر الابتدائية ٨ نوفمبر ١٩٥٦ القضية رقم ٢٨٩٣ لسنة ١٩٥٦) وقضت في حكم آخر بأنه اذا ادعى المستأجر أنه قبل الزيادة في أثناء اقامته في المين المؤجرة بمقد يكفل له حاية القانون ولكنه قبلها تحت تأثير اكراه شديد نتيجة اعتداء ماضى وقع عليه من المؤجر وأفسد رضاه ثم طلب بطلان هذا القبول وخفض الأجرة الى ماكانت عليه قبله ، فانه يتعين عليه اثبات عناصر الاكراه المفسد للرضاء وفقاً لقواعد العامة . وقالت في هذا الصدد أن المدعى لم يفصح في دعواه عن نوع الاكراه الذى وقع عليه من المدعى عليه ، أمر اكراه حسى أو نفسى ، واقتصر في قوله على أن المالك لما الى اكراه سكان عمارته وهو منهم على الزيادة بتهديدهم هو وبوابه يشقى الطرق حتى أدى ذلك الى مضاربات أصيب فيها المالك شخصياً وأنه دفعه دفعة شديدة بصدوره فأوقعه على أريكة . الخ .. فأنه مهما يكن من أمر هذه الوقائع التى لم يقدم المدعى عليها أى دليل أو شبهة دليل ، فانها لايمكن أن تكون نوعاً من الاكراه الحسى ولا النفسى (مصر الابتدائية في ١٢ ديسمبر ١٩٥٣ القضية رقم ٤٢٤٥ سنة ١٩٥٣) .

أن تتصور أن تكون إرادة المستأجر خالصة قاطعة في أنه إنما يقبل زيادة الأجرة تبرعاً منه للمؤجر ، ولا يمكن أن يقبل عقل أو منطق الزام المستأجر بتلك الزيادة عن إرادة دون أن يستند الزامه الى سبب صحيح في القانون ؛ فالتزامه هذا ليس له ما يقابله من جانب المؤجر الا رضائه بعدم استعمال حقه في الطرد في الأحوال التي أجازها له المشرع استثناء ، أو رضائه بعدم ازعاج المستأجر ومشاكسته بنفسه أو عن من ينوب عنه ولو لم يترتب على هذا الانزعاج — الذي لا يصل الى حد الاكراه — انتقاص منفعة المستأجر في استعمال مسكنه ، وكل هذا يخالف حتماً النظام العام ، ويخالف حقيقة المقصود من قوانين الإيجار — في عهد الثورة — وهو حماية المستأجرين وانصافهم ومنحهم الأطمئنان الكامل في سائر مراحل تنفيذ عقد الإيجار دون أن يتخاذلوا في أي وقت عن ضعف أو تسامح ولو لم يصل الأمر الى حد الاكراه الحسى أو النفسى وفقاً لمعايير القانونية ، بل ان حقيقة المقصود من قوانين الثورة في صدد عقود الإيجار هو فرض هذه الحماية فرضاً على المستأجرين ، وذلك حتى تنجح في محاربتها للظلم الاجتماعي .

٣ — رد الأجرة الزائدة — وجواز تجاهل الشرط بزيادة الأجرة :

إذن مثل الاتفاق المتقدم — الذي يتم بعد الإيجار وبعد إقامة المستأجر في العين المؤجرة — والذي مقتضاه زيادة الأجرة عن حدها الأقصى المقرر في التشريع ، أو الاتفاق والصلح الذي يتم ارضاء للمؤجر على تنقيص الأجرة الواردة في عقد الإيجار والتي لا تتطابق مع الحد الأقصى المقرر في التشريع — تنقيصها الى ما يقل عن الأجرة المحددة في عقد الإيجار وإنما لا يتساوى مع ذلك الحد الأقصى ، مثل هذا الاتفاق وذلك لا يعتد به . ولا يمنع المستأجر من تجاهله وأداء الأجرة في المستقبل بما لا يجاوز الحد الأقصى المقرر في التشريع ، كما لا يمنعه من المطالبة بما أداه زائداً عن ذلك الحد .

ومثل الاتفاق المتقدم لا يعتد به ولو كان قد تم في صورة عقد عرفي أو تم في محضر بوليس أو نيابة أما إذا تم أمام محكمة بمناسبة نظر دعوى ما

عملاً بالمادة ١٢٤ من قانون المرافعات ، فمن الواجب على المحكمة التحقق من تلقاء نفسها من عدم مخالفة الاتفاق للنظام العام ، ومع ذلك اذا وقع مخالفاً للنظام العام فانه يكون معدوماً .

ويكون معدوماً الاتفاق المتقدم ولو أثبت الطرفان أن المستأجر انما يؤدى الزيادة وهو على علم تام بالحد الأقصى المقرر فى القانون ، كما لا يجدى التبرير بأن المستأجر قبل الاتفاق ايثاراً منه لحسم الخلاف أو لأن المسكن يفضل مثله المعروض بذات الايجار ، أو لأن هذا الأجر يتناسب فى الواقع - وفى رأيه - مع أجر المثل ، فالنزول عن العناصر المؤدية الى تقدير الأجرة القانونية هو نزول عن الحماية المقررة فى التشريع ولا يعتد به . كذلك لا يجدى تبيان أن المؤجر قد أجرى تحسينات فى المسكن تقابل الزيادة وأن المستأجر قد قبل هذه الزيادة دون أن يكون له الحق فى أى منازعة مستقبلية ، كما لا يجدى القول بأن المستأجر ليس تحت أى اكراه أو ضغط بسبب الحاجة الى المسكن وذلك لوجود مساكن خالية بنفس القيمة يمكن التعاقد عليها (١) .

٤ - أداء الأجرة ولو لمدة طويلة بما يزيد عن الحد الأقصى المقرر فى التشريع لا يعد قبولاً ضمناً بالزيادة ولا يسقط الحق فى طلبها :

اذا كان الاتفاق الصريح اللاحق لعقد الإيجار بزيادة الأجرة عن حدها الأقصى لا يعتد به ويقع معدوماً فانه من باب أولى لا يعتد بسكوت المستأجر عن استعمال حقه فى طلب تنقيص الأجرة ، ولا يعد قبولاً ضمناً للأجرة الزائدة مجرد أدائه لها شهراً بعد شهر .

(١) حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩ أكتوبر ١٩٥٣ - القضية رقم ٤٠٤٠ لسنة ١٩٥٢ ق ، وتطلب المحاكم الى رفض أى دفاع أسسه انفراج أزمة المساكن على أساس أنه ما دام القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ مازال قائماً فان عدم الفائه هو دليل على أن الأزمة مازالت قائمة ، والمشرع وسده هو الذى يقدر انفراج هذه الأزمة أو قيامها ، ولا يصح للمحاكم تعطيل تطبيقه بحجة انفراج الأزمة والا تكون قد خرجت عن مهمتها (الحكم المتقدم) .

ويتجه بعض قضاء المحاكم الى هذا النحو ، ونقول احدى المحاكم أن القول بأن سكوت المستأجر مدة طويلة عن رفع دعوى خفض الأجرة يعتبر بمثابة قرينة قاطعة على رضائه بالأجرة الحالية مردود بما نصت عليه المادة السادسة من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ من ابطال كل شرط يخالف للمادة الرابعة من ذلك القانون التي تضع حداً أعلى للأجرة الجائز الاتفاق عليها وأنه لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف ذلك لأن الحظر الوارد بالمادتين الرابعة والسادسة من النظام العام ، ويؤيد ذلك أن المادة السادسة عشر من القانون المذكور تعاقب المؤجر الذي يتجاوز حدود الأجرة المقررة قانوناً^(١).

ويتجه بعض قضاء المحاكم - يؤيده جانب من الفقه - الى القول بأن سكوت المستأجر عن المنازعة في القيمة الإيجارية مدة طويلة ، وان كان لا يسقط حقه في طلب خفض الأجرة يعتبر قرينة قضائية قوية ، في جانب المؤجر على نزول المستأجر عن هذا الحق بعد نشوئه أو على الأقل على عدم جدية المنازعة التي يثيرها بعد ذلك ، فحسب المؤجر أن يتمسك بهذه القرينة حتى يكلف المستأجر بنفسها بأن يثبت سبباً معقولاً لسكوته عن المنازعة طوال هذه المدة كعدم علمه بالأجرة القانونية أو عدم حصوله على الدليل المثبت لها الخ... فاذا عجز المستأجر عن هذا الإثبات اعتبر متنازلاً عن حقه أو على الأقل اعتبرت منازعته في قانونية الأجرة غير جدية بناء على تلك القرينة التي لم يستطع دحضها . ومتى اعتبر المستأجر متنازلاً عن حقه ، لم تكن ثمة صعوبة في اعتبار هذا النزول صحيحاً باعتباره وارداً على حق مالي يخص المستأجر وحده ولا يتعلق بالنظام العام في شيء^(٢).

وهذا القول بشقيه محل نظر ، ذلك لأننا قدّمنا أن الاتفاق الصريح بزيادة الأجرة عن حدها القانوني لا يعتد به اذا وقع صريحاً ، فمن باب أولى لا يعتد بالارادة الضمنية في هذا الصدد . كما أن السكوت عن

(١) القاهرة الابتدائية في ١٤ يناير ١٩٥٤ القضية رقم ٣٢٣٧ لسنة ٥٣ ق والأحكام المدينة المشار اليها في مؤلف الدكتور مرقص رقم ٣٦

(٢) مؤلف الدكتور الدكتور سليمان مرقص رقم ٣٦ ص ١٠٧ والأحكام المدينة المشار اليها.

المنازعة فترة ما مهما طالّت - وما دام الحق لم يسقط بالتقادم - لا يعد في ذاته دليلاً على عدم جديتها (١) ولا يملك القضاء تقدير المنازعة بعدم جديتها لهذا السبب .

٥ - متى يسقط الحق في طلب الزائد عن الحد الأقصى للأجرة ؟
رأينا أن حق المستأجر في طلب تخفيض الأجرة لا يسقط سواء أكانت الأجرة المتفق عليها والتي تتجاوز الحد الأقصى المقرر في التشريع ثابتة في صلب العقد أم في أى اتفاق لاحق .

كما لا يسقط بوفاة المؤجر أو المستأجر ، وفاة أولهما توجب توجيه الطلب الى جميع ورثته (٢) ، وفاة الآخر توجب توجيه الطلب من جميع ورثته ، ما دام المقصود هو المطالبة بالزيادة المدفوعة من جانب المورث قبل وفاته . أما إذا كان المطلوب هو الزيادة المدفوعة من جانب المنتفع بالسكن بعد وفاة المورث ، فإن الذى يطالب بالزيادة المدفوعة منه هو وحده الوارث المنتفع بالسكن وفقاً لما سوف نراه فيما بعد .

وإذا لم تتم القسمة بين ورثة المؤجر ، فإن المطالبة بالأجرة الزائدة تتم في مواجهة جميع الورثة ولو عن مدة تالية للوفاة .

ولا يسقط الحق المتقدم ببيع العين المؤجرة ، فلذلك القديم يطالب في حدود ما قبضه هو من الأيجار الزائد (٣) .

كما لا يسقط الحق المتقدم بانتهاء عقد الإيجار لأي سبب من الأسباب المقررة في التشريع .

وأما الذى يسقط الحق هو المدة التي تناوله والتي تؤدي الى انقضائه .

(١) مادام النزاع غير مستجمل ولا يخشى عليه من فوات الوقت عملاً بالمادة ٤٩ من المرات .
(٢) مادامت القسمة لم تتم بينهم ، ولم يخص أحدهم فقط بالفقر مع تحمله سائر التزامات المورث في هذا الصدد .

(٣) (٢) الاسكندرية المختلطة ١٧ يناير ١٩٤٦ مجلة التشريع والقضاء السنة ٥٨ ص ٥١

ولقد اختلف الرأى فى تحديد قدر هذه المدة والوقت الذى تبدأ منه ، وذلك بسبب الاختلاف فى تكييف الحق فى طلب الأجرة الزائدة .

وقيل أن هذا الحق لا يسقط طوال مدة انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة مهما طال هذه المدة ، سواء فى مدة العقد الأصلية أو فى مدة امتداده الامتداد القانونى وذلك لأن الاتفاق على أجرة زائدة على الحد القانونى يعتبر جريمة مستمرة لا تسقط الدعوى العمومية بشأنها الا من وقت انقطاع حالة الاستمرار ، ولأن دعوى خفض الأجرة هي بمثابة دعوى تعويض فلا تسقط ما دامت الدعوى العمومية لم تسقط . ومنى حكم بخفض الأجرة ثبت للمستأجر الحق فى استرداد ما سبق أن دفعه زائداً على الأجرة القانونية مهما بلغ هذا الزائد ومهما طال المدة التى استمر فيها دفع الزيادة . ولايسرى على هذا الحق التقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادتين ١٧٢ ، ١٨٧ من القانون المدنى الخاصتين بتقادم التعويض عن العمل غير المشروع وبتقادم المطالبة برد غير المستحق الا ابتداء من التاريخ الذى تنقطع فيه جريمة المؤجر المستمرة الناشئة من تقاضيه أجرة أزيد من الحد القانونى (١) .

وقيل فى رأى آخر أن مخالفة المادة الرابعة من قانون الإيجار تنشئ جريمة وقتية لا جريمة مستمرة ، وقيل أن دعوى المستأجر فى استرداد ما دفعه زيادة عن الحد الأقصى لا يمكن أن تعد بمثابة دعوى تعويض ، وانما هي دعوى يبطلان الشرط الذى يلزم المستأجر بدفع تلك الزيادة ، وأنه لما كان القانون قد وضع قواعد خاصة لاسترداد ما دفع بغير حق فن الواجب اعمال هذه القواعد الخاصة عند استرداد الأجرة الزائدة ولا يجوز اعمال القواعد العامة فى المسؤولية عن العمل غير المشروع ، ومن ثم يسقط حق المستأجر فى استرداد تلك الزيادة عملاً بالمادة ١٨٧ من القانون المدنى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه بحقه فى استردادها ،

(١) سليمان مرقص - المرجع السابق - رقم ٣٧ والحكم المشار اليه .

وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق (١) .

ونرى الاعتداد بهذا الرأي الأخير ، مع ملاحظة أن مخالفة المادة الرابعة من قانون المساكن لا تنشئ جريمة وقتية كما لا تنشئ جريمة مستمرة ، وإنما تنشئ جريمة متكررة هي :

أولاً : الاتفاق على أجرة تتجاوز الحد المقرر في القانون ثم هي قبض أجرة تتجاوز هذا الحد عن عمد وعن ارادة (٢) : وهذا القبض يتم في نهاية كل فترة زمنية معينة - أي كل شهر أو كل ثلاثة أشهر مثلاً حسب الاتفاق ، بحيث تقع المخالفة ولو تم عقد الإيجار مطابقاً للإيجار المقرر في التشريع وإنما كان المستأجر يدفع كل شهر أجرة تتجاوز هذا الحد . وعلى أي حال فإن ملاحظتنا المتقدمة لا تؤثر في سلامة الرأي الأخير ، لما دامت الدعوى باسترداد الأجرة الزائدة تعد من قبيل دعاوى استرداد ما دفع بغير حق ، ولا تعد من قبيل دعاوى التعويض عن العمل غير المشروع فإن تكييف جريمة المؤجر - ان كانت - لا يؤثر على وجه الإطلاق فيما انتهى إليه الرأي المتقدم .

(١) مذكرات الدكتور جلال العلوي في عقد الإيجار - لم يطبع بعد .

(٢) وكل قبض للأجرة الزائدة عن عمد وعن ارادة يند في ذاته مخالفته للقانون ، وإنما لا يوقع الجزاء الجنائي على المؤجر إلا مرة واحدة وإن تعددت المخالفات .

الاختصاص والاجراءات

فى منازعات ايجار الأماكن

بمقتضى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ والقوانين المعدلة له

٦- الاجراءات المقررة بمقتضى المادة الخامسة عشر من قانون
ايجار الأماكن :

تنص تلك المادة على أن ترفع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون
إلى المحكمة الابتدائية المختصة بطلب يقدم من ذوى الشأن إلى قلم كتاب تلك
المحكمة : وعلى قلم الكتاب أن يعطى الطالب لإصلا بتسلم الطلب وأن يرفع
الطلب المذكور فى خلال ٢٤ ساعة من تاريخ تسليمه إلى رئيس الدائرة
المختصة الذى يحدد جلسة للنظر فى النزاع .

ويقوم قلم الكتاب بإبلاغ طرفى الخصومة مضمون الطلب وتاريخ
الجلسة قبل الموعد المحدد لها بخمسة أيام على الأقل بكتاب مسجل مصحوب
بعلم وصول .

ويفصل فى النزاع على وجه الاستعجال ، والحكم الذى يصدر فيه
لا يكون قابلاً لأى طعن .

وتظل المنازعات المدنية الأخرى التى تنشأ بين المؤجر والمستأجر
خاضعة للقواعد القانونية العامة من حيث موضوع النزاع والاختصاص
القضائى والاجراءات .

٧ - نشرح - على التوالى - الاختصاص فى صدد منازعات ايجار
ثم الاجراءات المقررة لرفع الدعوى واجراءات نظرها ، والحكم فيها
ومدى قابليته للطعن فيه .

الفصل الأول

الاختصاص في منازعات الإيجار

٨ - الاختصاص النوعي بنظر منازعات الإيجار مقرر للمحكمة الابتدائية وحدها ، وهو اختصاص من النظام العام بمراعاة أحكام القلتون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ :

تختص المحكمة الابتدائية عملاً بالمادة ١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بنظر جميع المنازعات المتعلقة بتعديل الأجرة: أو بتعديلها بزيادة أو بالنقص وفقاً لأحكام القانون المتقدم ، وبحق المستأجر في المطالبة بتقص الأجرة إلى الحد القانوني ولو ادعى المؤجر أن الزيادة ليست أجرة بل تعويضاً في مقابل الترخيص بالتأجير من الباطن وبحق المستأجر في استرداد ما دفع زائداً عن الحد القانوني ولو في صورة بدل إخلاء ، ولو كانت المطالبة بعد فسخ عقد الإيجار .

كما تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الإخلاء متى استند المؤجر إلى سبب من الأسباب المقررة في قانون إيجار الأماكن ، ولو كان هذا السبب يعتبر أيضاً من الأسباب التي تجزئ الفسخ والإخلاء عملاً بالقانون المدني . كما تختص بدعاوى التعويض المرفوعة على المؤجر بسبب مخالفته أحكام قانون الإيجار في صدد وجوب الشروع في هدم البناء في خلال شهر من تاريخ الإخلاء وإعادة البناء فوراً ، ووجوب شغل المؤجر للمسكن الذي طلب إخلاءه للضرورة .

ويشترط في جميع الأحوال المتقدمة أن يكون المكان المؤجر مما يسرى عليه أحكام قانون الإيجار ، كما يشترط أن يكون العقد المبرم بين الطرفين من عقود الإيجار بحسب تكييفه القانوني. ولو وصفه الخصوم بغير ذلك للهرب من أحكام قانون الإيجار . وينعقد الاختصاص للمحكمة متى كان المطلوب

في الدعوى هو أحد المسائل المتصلة ، ولو تطلب الأمر التفصيل فيه بإعمال قواعد القانون المدني . وبعبارة أخرى ، قد لا يتصور أن تتمكن المحكمة من الفصل في أحد الأمور المقررة في قانون إيجار الأماكن دون أن تطبق قواعد القانون بصورة عامة سواء فيما يتعلق بالثبات للدعوى أو فيما يتعلق بتفسير قواعد القانون ومصطلحاته .

وجدير بالذكر أن الاختصاص المتقدم لا يقوم على أساس قيمة الدعوى ؛ فالمحكمة الابتدائية تختص بنظر المنازعات المتعلقة أيا كانت قيمتها - أي ولو لم يتجاوز مائتين وخمسين جنبا . وإنما يقوم الاختصاص على أساس نوع الدعوى ، فدائرة المسكن هي وحدها التي تفصل في الدعاوى التي وردت في القانون رقم ١٩١ لسنة ١٩٤٧ على حثيل الحضر ، بحيث إذا رفعت دعوى من هذه الدعاوى إلى القاضي الجزئي وجب عليه أن يحكم من تلقاء نفسه بعدم اختصاصه اختصاصا نوعيا ، ولو كانت من الدعاوى المقررة في المادة ١/٤٦ التي ينص استثناء بنظرها .

وبلاحظ أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ يقرر في المادة ١٣٢ و ١٣٤ أن الاختصاص القيمي لا يتصل بالنظام العام وأن الاختصاص النوعي يتصل بالنظام العام ، وهذا على خلاف القاعدة التي كانت مقررمة بمقتضى قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ والتي كانت تجعل قواعد الاختصاص النوعي والقيمي من النظام العام على السواء .

ومن ثم إذا رفعت دعوى من الدعاوى المحددة على حثيل الحضر في قانون إيجار الأماكن إلى محكمة جزئية وجب على هذه المحكمة التحكيم بعدم اختصاصها اختصاصا نوعيا من تلقاء نفسها ، ويجوز لأي عظم في الدعوى أن يتمسك بهذا الاختصاص في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة في الاستئناف أو في النقض ، وإذا كانت النيابة بثلة في الدعوى وجب عليها تنبيه المحكمة إلى عدم اختصاصها .

رأى د. وافي كنان لا يجوز الادلاء بطلب من الطلبات المقررة في قانون ايجار الاماكن بصورة أصلية. أمام المحاكم الجزئية فإنه لا يجوز أيضاً الادلاء به على صورة طلب عارض أثناء نظر خصومة أخرى ، ففي هذه الحالة أيضاً يتعين على المحكمة الحكم بعدم اختصاصها بنظره من تلقاء نفسها ، ولأى خصم في الدعوى التمسك بعدم الاختصاص ولو لأول مرة في النقض .

هذا ويلاحظ أن توزيع العمل بين دوائر المحكمة يقتضي تخصيص دوائر لنظر مسائل الأحوال الشخصية ودوائر للمنازعات التجارية ... الخ - كما نعلم - ولقد اقتضى هذا التنظيم أيضاً تخصيص دوائر لنظر منازعات المساكين بالتطبيق لقانون ايجار الاماكن ، وذلك نظراً لكثرتها . ولا كان هذا التوزيع يتم بواسطة الجمعية العمومية لكل محكمة ، فهو مجرد عمل إداري داخلي لا ترتب على مخالفته مخالفة لقواعد الاختصاص النوعي (١) ، ومن ثم الدوائر المتخصصة بنظر منازعات الايجار بالتطبيق للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٦٢ لا تحرم من نظر أى منازعات أخرى تقدم لها بصورة عارضة على الدعوى الأصلية ولو لم تتعلق بتطبيق ذلك القانون ، بل ولو لم تنهض بالاجار مادام القانون يحيز الادلاء بها عملاً بالقواعد العامة في الادلاء بالطلبات العارضة وفي التدخل واختصاص الغير . وهي تفصل في الطلبات المقدمة أياً كانت قيمتها ، وذلك عملاً بالمادة ٥٢ من قانون المرافعات التي تقرر أن المحكمة الابتدائية تحكم في الطلبات الوقتية والمستعجلة . وطلب الضمان وسائر الطلبات العارضة مهما تكن قيمتها (٢) والحكم الصادر في الطلب العارض يخضع للقواعد العامة في الطعن فيه بالاستئناف ، ولا يسرى عليه ما يسرى على الحكم الصادر في منازعات الايجار الخاضعة لقانون المساكين ، وذلك متى كان صادراً في غير هذه المنازعات (٣)

(١) القارة الابتدائية في ٢٣ أكتوبر ١٩٥٤ الحامية ٣٦ ص ٩٠٧ وإستئناف القاهرة ١٩٥٤ رقم ٧٥٠ لسنة ٧١ ق .

(٢) القارة الابتدائية في ١ نوفمبر ١٩٥٦ رقم ٢٧١٢ سنة ١٩٥٦ ، وقارن مرقص رقم ١٣١

(٣) قارن مرقص رقم ١١١ ص ١٢٨

وسوف نعود الى هذا الموضوع عند دراسة الطعن في الحكم الصادر في تلك الطلبات العارضة .

ومن ناحية أخرى ، تملك أية محكمة ابتدائية - في تشكيلها باعتبارها محكمة درجة أولى - أن تفصل في أى نزاع من المنازعات المقررة في قانون المساكن ولو كانت متخصصة بنظر نوع آخر من القضايا ، لأن تخصيص الدوائر لايم كما قدمنا بتطبيق قواعد الاختصاص النوعي ، وعلى المحكمة مراعاة قانون المساكن بطبيعة الحال ، والحكم الصادر منها من هذا الصدد يخضع للقواعد المقررة في قانون المساكن فلا يقبل أى طعن . وعادة تفصل المحكمة في النزاع المتقدم اذا رفع الى المحكمة الابتدائية بصورة عارضة على الدعوى الأصلية وكانت دواعي الارتباط وحسن سير العدالة تقتضيان حتما الفصل فيهما معا من محكمة واحدة . وفي العادة اذا رفع الى غير دائرة المساكن طلب - بصورة أصلية أو عارضة - وكان يتصل بقانون المساكن فله المحكمة لا تقضى فيه وانما تأمر بإحالة الى الدائرة المتخصصة بالمحكمة . ولا يكون ذلك بمقتضى اعمال المادة ١٣٥ (١) وانما يكون بالتطبيق لقرار الجمعية العمومية للمحكمة بالتوزيع الداخلي بين دوائرها المختلفة ، وذلك لأن المادة ١٣٥ لا تتصل الا بإحالة الدعوى بعد الحكم بعدم اختصاص المحكمة .

وإذا كانت المحكمة الابتدائية تنظر استئناف حكم صادر من المحاكم الجزئية ، فانها لامتلك الفصل في طلب عارض يتصل بأعمال قانون المساكن ، ولو كان مرتبطا بالدعوى الأصلية ، وذلك لأن تشكيلها يكون من ثلاثة قضاة ، لامن رئيس المحكمة ، وفقا لما ينص عليه قانون السلطة القضائية ، هذا على الرغم من أنه ليس في عرض الطلب عليها تفويت للدرجة من درجات التقاضي اذ الحكم الصادر فيه لا يقبل أى طعن بعدئذ . ومخالفة

القاعدة المتقدمة من قواعد الاختصاص النوعي توجب على المحكمة من تلقاء نفسها الحكم بعدم اختصاصها عملاً بالمادة ١٣٣ مبدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، وتوجب عليها عندئذ الحكم بالإحالة الى دائرة الشكاكن بالمحكمة أو الى دائرة المحكمة الابتدائية بصفتها محكمة درجة أولى - وذلك عملاً بالمادة ١٣٠ مبدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ الذى توجب على المحكمة الإحالة الى المحكمة المختصة عندما تقضى بعدم اختصاصها . كما يكون لأي خصم في الدعوى التمسك بعدم الاختصاص المتقدم في أية حالة تكون عليها الاجراءات .

٩ - منازعات لا تدخل في الاختصاص المقرر للمحكمة الابتدائية بمقتضى القانون رقم ١٢١ ، وإنما تخضع في هذا الصدد للحكم القواعد العامة من حيث الاختصاص والجراءات :

١ - المنازعة في صحة عقد الإيجار ، أو في صدوره من شخص له صفة في التأجير (إلا البيع ، أو المنازعة بصدد المفاضلة بين عدة مستأجرين ليسكن واحد .

٢ - مجرد المنازعة في تكيف عقد ما ، وما اذا كان يعتبر من عقود الإيجار أم من العقود المسماة الأخرى ، خاصة اذا ما جاء الالتزام بتقديم مسكن في صورة تبعية لعقد ما ، كعقد العمل مثلاً ، ثم فصل العامل بعدئذ (٢) .

٣ - منازعات إيجار غير الإماكن التى يسرى عليها قانون الإيجار . وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه متى كانت العين المؤجرة بمقتضى العقد الذى يستند اليه الطاعن هى أرض فضاء ، فإن دعواه

(١) ملحق ٢٠ بتاريخ ١٩٨٠ التشريع والقضاء ٤ - ٣ - ١٨٧

(٢) محكمة القاهرة المختلطة ٢١ ديسمبر ١٩٤٤ مجلة التشريع والقضاء ٥٧ ص ٧١

وقد قضت محكمة النقض في ١٠ نوفمبر ١٩٥٥ الحامى ٣٦ ص ٥٢٢ بأن عقد استغلال مقصف أحد عطلات السكك الحديدية لا يعتبر عقد إيجار لأنه يتضح من نصوص العقد أنه قد قصد به في الواقع تحقيق خدمة عامة للمسافرين .. الخ ، فهو التزام بإداء خدمة عامة .

تخضع لقواعد القانون العام لا عبارة في هذا الخصوص بالغرض الذي استؤجرت من أجله الأرض الفضاء ، ولا بما يقيمه عليها المستأجر من منشآت تحقيقا لهذا الغرض . أما الاتفاق على أن يكون ما يقيم عليها من مباني ملكا للمؤجر من وقت انشائها فلا تأثير له في حقيقة العقد من حيث كونه واردا منذ البداية على أرض فضاء ما دام أن الأجرة المتفق عليها في العقد تستحق سواء أقام عليها المستأجر هذه المباني أم لم يقيمها مما يدل على أن المباني لم تكن هي محل العقد (١) .

وقضت محكمة النقض أيضا بأنه كان موضوع الدعوى نزاعا على بيع محل تجارى وعلى جواز حلول المشتري محل المستأجر ، فانه تسرى بصدده قواعد المرافعات العامة ولايسرى قانون الإيجار (٢) .

وقضت أيضا بأن الضابط في شأن القاعدة القانونية التي تحكم مسألة الاختصاص بطلب الإخلاء على ما جرى به قضاء محكمة النقض هو وصف العين المؤجرة في عقد الإيجار فإذا كان عقد الإيجار واردا على أرض فضاء فان الدعوى بالإخلاء تخضع لقواعد القانون العام الخاصة بالاختصاص وذلك بصرف النظر عما إذا كان يوجد بتلك الأرض مباني وقت انعقاد عقد الإيجار أم لا - وان كانت الاجارة واردة على مكان معد للسكنى أو غير ذلك من الأغراض فان المنازعة على الإخلاء تخضع لأحكام القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ وترفع دائما الى المحكمة الابتدائية (٣) .

وقضت أيضا بأنه اذا طالب المؤجر بأجرة أَوْض فضاء مضاف إليها الزيادة المقررة بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ فلان هذه الزيادة في الأجرة

(١) نقض ١٨ يونيه ١٩٥٣ السنة ٥ ص ١٩٥ وراجع أيضاً نقض ١٤ ديسمبر ١٩٥٠
الحاماة ٣١ ص ٩٨١

(٢) نقض ١٢ يناير ١٩٥٠ السنة ١ ص ١٨٤

(٣) نقض ٢٣ أبريل ١٩٥٩ الحاماة ٤٠ ص ٨٩١

تعتبر بمثابة تعديل لأحكام عقد الإيجار المبرم بين الطرفين يتطلب توافق ارادتهما بشأنه اذ أن الأرض الفضاء لا تخضع لأحكام ذلك القانون (١).

٤ - المنازعة في طلب اخلاء مسكن دون ماسند في القانون (٢).

٥ - المنازعة في تفسير عقد إيجار في غير ما يتصل بتطبيق قانون إيجار الأماكن .

٦ - المنازعة في طلب التعويض بسبب ائتلاف المستأجر للعين المؤجرة أو بسبب مخالفته لشروط العقد ، ومن بينها شرط المنع من التأجير من الباطن (٣).

٧ - المنازعة في طلب المستأجر تسليمه العين المؤجرة أو اجراء ترميمات ضرورية فيها أو رجوعه على المؤجر بضمان التعرض أو ضمان العيوب الخفية (٤).

٨ - سائر المنازعات المتعلقة بتحديد إيجار الأماكن المعدلة للسكنى أو لغير ذلك من الأغراض والتي تنشأ بعد العمل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ في شأن خفض إيجار الأماكن ، وعند التطبيق للمادة الأولى من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بتحديد إيجار الأماكن .

كما يسرى الحكم المتقدم على المباني التي لم تؤجر أو تشغل لأول مرة حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ المشار اليه . فهذه الأمكنة كلها يحدد إيجارها لجنة التقدير ، ويحصل التظلم من قرارها أمام مجلس المراجعة المشكل برئاسة أحد القضاة وعضوية اثنين من مهندسي الإدارات الهندسية المحلية بالمحافظة . ويكون قرار المجلس غير قابل لأي طريق من طرق

(١) نقض أول مارس ١٩٥٦ المحاماة ٣٧ ص ٤٠٨

(٢) الأحكام المشار إليها في مؤلف الدكتور مرقص رقم ١٢٣

(٣) نقض ٢٧ مارس ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ ص ١٤٨٧

(٤) المرجع المتقدم رقم ١٢٣

الظعن أو التظلم عملاً بالمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢

٩ - المنازعة في طلب أجرة متأخرة غير متنازع في صله بتحديد أجزائه أو سبق هذا أن تم هذا التحديد بصدها وفقاً للقانون.

١٠ - المنازعة في طلب طرد المستأجر الذي أنهى العقد بإرادته وفي ظل قانون الإيجار الذي يتيح له البقاء والاستقرار في العين المؤجرة .

١١ - قضت محكمة النقض بأن الحكم بالتعويض على المؤجر لا خلافه بحكم القانون الذي حتم الهدم في ظرف شهر إنما يستند إلى القواعد العامة وهو ليس من المنازعات التي نص قانون إيجار الأماكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على تنظيم الفصل فيها (١) .

١٢ - وقضت أيضاً في ١٨ أكتوبر ١٩٦٢ (٢) بأن المادة ٤ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ تنص على أنه لا يجوز أن تزيد الأجرة المتفق عليها في عقود الإيجار التي أبرمت منذ أول مايو سنة ١٩٤١ عن أجرة شهر أبريل سنة ١٩٤١ أو أجرة المثل لذلك الشهر إلا بمقدار نسب معينة تختلف باختلاف نوع المحل المؤجر (أوضحتها المادة المذكورة) على أن يدخل في تقدير الأجرة المتفق عليها أو أجرة المثل تقويم كل شرط أو التزام جديد لم يكن وريثاً في العقود المبرمة قبل أول مايو سنة ١٩٤١ أو لم يجر العرف في هذا التاريخ بقرضه على المستأجر ، وتقتضي المادة ١٥/٤ ق ١٢١ سنة ١٩٤٧ بأن المنازعات الناشئة عن تطبيق القانون المذكور هي وحدها التي ترفع إلى المحكمة الابتدائية المختصة وفقاً للإجراءات التي تضمنها المادة المذكورة .

(١) دائرة الفحص جلسة ٢٤ نوفمبر ١٩٥٩ في الظعن رقم ٣٩٨ سنة ٢٥ ق - وراجع أيضاً

نقض ٢٧ مارس ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ عدد ٩ ص ١٤٨٧

(٢) في الظعن رقم ١١٥٠ سنة ٢٧ ق - لم يشر به

أما المنازعات المدنية الأخرى التي تنشأ بين المؤجر والمستأجر فإنها تظل خاضعة للقواعد القانونية العامة من حيث موضوع النزاع والاختصاص القضائي والاجراءات .

مؤدى هذين النصين ومن مفهوم المخالفة من أولهما : أن الشرط التوافره فى عقد الإيجار المبرم قبل أول مايو سنة ١٩٤١ والذي يضيف على عائق المستأجر عبثا ماليا مستقلا عن الأجرة المحددة فى ذلك العقد لا يدخل فى تقويم الأجرة كما أن النزاع الذى يدور بين طرفى العقد حول صحة هذا الشرط يخرج بطبيعته عن نطاق أحكام القانون رقم ١٢١ سنة ١٩٤٧ إذا لا يعتبر نزاعا فى الأجرة ولا يدخل فى تقويمها ومن ثم فإنه يكون خاضعا للقواعد القانونية العامة من حيث موضوعه والاختصاص القضائي والاجراءات وفقا لنص المادة ٤/١٥ سالفة الذكر .

٩٠ - الاختصاص المحلى فى منازعات الإيجار :

لما كانت المادة ٦٣ من قانون المرافعات تنص على انه فى المنازعات المتعلقة بالتوريدات والاشغال وأجور المساكن وأجور العمال والصناع يكون الاختصاص للمحكمة التى فى دائرتها تم الاتفاق أو نفذ متى كان فيها موطن أحد الخصوم ، ولما كانت هذه المادة غير مقصورة - فيها قررته - على مجرد المنازعات بطلب أجور المساكن ، وإنما هى تطبق فى صدد سائر المنازعات المتعلقة بأجور المساكن فمن الواجب إعمالها بصدد طلب زيادة الأجرة أو نقصها أو طلب لسرد لدفع فرائدا عن الأجرة المقررة فى القانون .

أما طلب اخراج المستأجر وإنهاء عقد الإيجار فى الأحوال المقررة فى قانون المساكن، أو طلب الزام المؤجر بالتعويض لمخالفته أحكام المادة ٢/٥ والمادة ٣/٥ فى صدد وجوب الشروع فى هدم البناء فى خلال شهر من تاريخ الاخلاء وإعادة البناء فوراً أو فى وجوب شغل المؤجر للعين التى طلب اخلاءها للضرورة ، فإن للدعوى فى هذا الصدد ترفع الى محكمة

موطن المدعى عليه عملاً بالقواعد العامة في الاختصاص المحلي للدعوى الشخصية أو المنقولة (م ٥٥) . وفي حالة تمدد المدعى عليهم يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم (م ٥٥/٢) .

وحتى ينقضى الاختصاص المحلي للمحكمة عملاً بالمادة ٦٣ يتعين أن يقع في دائرتها موطن أحد الخصوم ، ولو كان هو المدعى ، ويتعين فضلاً عن ذلك أن يكون في دائرتها قد تم الاتفاق أو نفذ . ولما كان المقصود من هذه المادة هو التيسير على رافع الدعوى فليس ثمة ما يمنع من رفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه طبقاً للقواعد العامة ولو لم يكن في دائرتها قد تم الاتفاق أو نفذ (١) .

١١- ما تختص به دائرة المساكن بعد الحكم في النزاع :

إذا فصلت دائرة المساكن في النزاع لإعمالاً للقانون رقم ٩٢١ لسنة ١٩٤٧ وإذا أصدرت حكمها - وهو غير قابل لأي طعن عملاً بالمادة ١٥ من القانون المتقدم ، فإنها مع ذلك تملك نظر الطلبات الآتية :

١٢- (١) طلب نظر ما أغفلت المحكمة الفصل فيه :

إذا أغفلت دائرة المساكن نظر طلب موضوعي قدم إليه جاز للخصم صاحب المصلحة - أو الذي سبق له التقدم بالطلب - أن يحده أمام ذات الدائرة . ويشترط في هذا الصدد أن يكون الطلب طلباً موضوعياً ، وأن يكون الاغفال اغفالاً كلياً . وتقول المادة ٣٦٨ في هذا الصدد «إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن أن يكلف خصمه الحضور أمامها لتنظر هذا الطلب والحكم فيه » .

ويلاحظ أن إعادة تقديم الطلب إلى المحكمة بعد اغفالها الفصل فيه *infra petita* لا يعتبر من قبيل الطعن في حكمها مما يمنعه عملاً بالمادة

(١) راجع كتاب المرافعات رقم ٢٩٧

١٥ من قانون المساكن ، وإنما هو جائز لأنه لا يمس حجية الحكم الذي أنفل
المفضل في الطلب ويعد من قبيل تجريده .

ويقدم الطلب الى دائرة المساكن بالاجراءات المقررة في قانون المساكن .

١٣ - (٢) طلب تفسير منطوق الحكم :

يجوز للخصم صاحب المصلحة أن يقدم الى دائرة المساكن بطلب
تفسير منطوق حكمها اذا ما كان به غرض أو إهام . ويقدم الطلب
بالأوضاع المقررة في قانون المساكن ، ويجوز تقديمه بالاجراءات المعتادة
لرفع الدعاوى عملاً بالمادة ٣٦٦

والحكم الصادر بالتفسير يعتبر من كل الوجه متممًا للحكم الذي
يفسره ويسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق
الطعن العادية وغير العادية عملاً بالمادة ٣٦٧ ، ومن ثم هو لا يقبل أى طعن
عملاً بالمادة ١٥ من القانون رقم ١٧١ لسنة ١٩٤٧ .

ولما كان طلب التفسير لا يمس حجية الحكم الصادر من دائرة المساكن ،
ولا يعتبر تقديمه تجريحاً للحكم فإنه يقبل على الرغم من أن الحكم الصادر من
الدائرة لا يقبل أى طعن . وبكل هذا بشرط ألا يتخذ تقديم هذا الطلب
ذريعة للتوصل الى تعديل قضاء المحكمة ، وهذا مما لا تملكه لا بسبب عدم
قابلية حكمها للطعن وإنما بسبب استنفاد ولايتها بالنطق به ، وهذه قاعدة
متصلة بالنظام العام (١) .

ويشترط لقبول طلب تفسير الحكم أن يكون منطوقه مشوباً بغموض
أو إهام أو شك في تفسيره يحتمل أكثر من معنى . وإذا كان مطلوب

(١) الطبعة السادسة من كتاب المرافعات رقم ٤٧٢ - وقد قلنا أن استناد سلطة المحكمة
بمجرد النطق به أمر يتصل بالنظام العام ، بينما حجية الشيء المحكوم به عملاً بالمادة ٤٠٥ من القانون
المدني لا تتصل بالنظام العام . راجع أيضاً التعليق على نصوص قانون المرافعات عن المادة ٣٤٤ .
رقم (٢) .

لنظمت هو في الواقع تعديل قضاء المحكمة فان طلبه لا يقبل (- استئناف
مختلط ١٧ مارس ١٩٣٢ مجلة التشريع والقضاء السنة ٤٤ ص ٢٣٥
واستئناف مختلط ١٩ يناير ١٩٣٣ السنة ٤٥ ص ١٣٧) .

ت ١٤ - (٣) طلب تصحيح مايقع في منطق حكم دائرة المساكن
من أخطاء مادية بجهة كتابية أو حسابية :

تنص المادة ٣٦٤ على أن المحكمة تتولى تصحيح ما يقع في منطق
حكمها من أخطاء مادية بجهة كتابية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء
نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مراعاة . ويجرى كاتب
المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة .

ولما كان تصحيح منطق الحكم من أخطاء مادية بجهة كتابية أو حسابية
لا يمكن من قبل الطعن فيه ، فان طلب التصحيح يقبل بصدد حكم دائرة
المساكن ، ويشترط أن يكون مشوناً في منطق أو في الأسباب المكللة له -
بأخطاء مادية بجهة كتابية أو حسابية ، كالخطأ في شن من اسم أحد الخصوم
بشرط الا يكون هناك شك في حقيقة شخصيته أو صفته ، والخطأ
في عملية حسابية تم أثر الحكم بمبادئ معينة أو الخطأ في تاريخ معين (١)
وتشترط أن يكون الخطأ قد أثر في الحكم .

أما اذا كان خطأ المحكمة قد وقع في تقدير الوقائع أو ارساء القاعدة
القانونية عليها أو تفسيرها فانه لا سبيل إلى تصحيح الحكم لأنه لا يقبل
أي طعن عملاً بالمادة ١٥ .

وبمعنى أن يكون تصحيح الحكم من واقع العناصر الثابتة فيه . وحكم
أن القاضي الذي أصدر الحكم يملك تكملة ما أغفل النص عليه من بيانات
بشرط أن يكون الإغفال مادياً بحتاً (٢) .

(١) استئناف مختلط ١٤ أبريل ١٩٣٨ مجلة التشريع والقضاء السنة ٥٠ ص ٢٣٦ وأحكام
محكمة الاستئناف المختلطة المدنية المشار إليها في الجدول التفرعي لمجلة التشريع والقضاء ٢٨
١٩٣٨ ص ٣٨٣ وما يليها .
(٢) نقض فرنسي ٢٠ يولي ١٩٢٧ جازيت باليه ٣ أكتوبر ١٩٢٧ - موديل رقم ٥٧٢

ولما كان الحكم الأصلي غير قابل لأي طعن فإن القرار الصادر بالتصحيح أو برفضه لا يقبل هو الآخر أى طعن. (راجع المادة ٣٦٥) .

١٥ - (٤) الاشكالات الموضوعية عند تنفيذ حكم دائرة المساكين :

لما كانت المادة ٤٧٩/١ من قانون المرافعات تنص على أن الاشكالات الموضوعية في تنفيذ حكم ما ترفع إلى ذات المحكمة التي أصدرته ، ولما كان الاشكال لا يعتبر من قبيل الطعن أو التظلم في الحكم المراد تنفيذه وإنما هو منازعة متعلقة بتنفيذه وما إذا كانت شروط هذا التنفيذ قد توافرت أم لم تتوافر فإن دائرة المساكين تختص بنظر سائر اشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة منها عملاً بالمادة المتقدمة ، وذلك متى كانت موضوعية (١) . أما الاشكالات الوقفية فترفع إلى قاضي الأمور المستعجلة عملاً بالمادة ٤٩ والمادة ٤٧٩ من قانون المرافعات .

ومن أمثلة الاشكالات الموضوعية أن يطلب بطلان التنفيذ لأنه لم يسبقه المقتضيات التي أوجها القانون أو بسبب تنفيذ على مال لا يجوز التنفيذ عليه ، أو بسبب انعدام الحكم المراد تنفيذه وفقاً لما سوف نراه (٢) .

١٦ - (٥) طلب انعدام حكم دائرة المساكين :

سوف نرى عند دراسة حكم دائرة المساكين - أنه إذا ما أصدرت حكماً معدوماً فإنها لا تكون قد استنفدت ولايتها بالنسبة للنزاع ، فالمحكمة لا تنتهى مهمتها إلا بإصدار الحكم في الدعوى سواء أكان صحيحاً أم قابلاً للطعن ، إنما لا تنتهى مهمتها بأمر معدوم ، وإذا كانت الخصومة معدومة فتعد هي والحكم الصادر في حكم العدم . ومن ثم فالدعوى يطلب انعدام حكم ترفع إلى ذات المحكمة التي أصدرته بطلب محبة وإعادة النظر في الموضوع - إذا شاء ذلك صاحب المصلحة وبشرط استيفاء ما كان سبباً في العدم انعدام الحكم - وتستكمل الاجراءات من آخر اجراء صحيح تم في الخصومة ، أو تعاد الخصومة من جديد باجراء صحيح إذا كانت الأولى معدومة (٣) .

(١) القاهرة الابتدائية ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٨ رقم ٣٩٣٤ سنة ١٩٥٧

(٢) أنظر الأمثلة المبدئية في هذا الصدد في كتابنا « اجراءات التنفيذ » رقم ١٥ وما يليه .

(٣) كتابنا « نظرية الأحكام » رقم ٢٤٥

١٧ - اختصاص القضاء المستعجل في صدد دعاوى الإيجار :

يُحطى من يتصور أنه إذا خص المشرع محكمة معينة بالفصل في دعاوى معينة فإن اختصاص القضاء المستعجل يزول ويتلاشى في هذا الصدد ، وذلك لأن القضاء المستعجل ينهض على أساس فكرة الحماية العاجلة التي لا تهدر حقاً ولا تكسبه . ولقد تطورت سلطة القاضي المستعجل نظراً لتطور الأحوال الاقتصادية والمالية والتجارية والاجتماعية في العالم ، وأصبحت له حرية كبيرة في التقدير ، وسوف تزداد هذه الحرية مع تطور المجتمع .

وإذن ، فالقضاء المستعجل دعامة أساسية ، به يطمئن سائر المتقاضين إلى اسعافهم - عند الحاجة - بقرار سريع التنفيذ يفسد على المشاكس نوابه ويجنب خصمه مفاسده .

وأيا كانت الأحوال التي يجوز فيها إنهاء عقد الإيجار ، وسواء أكان منصوباً عليها في القانون المدني أم في قانون المساكن ، وأيا كانت المحكمة الموضوعية المختصة بنظر موضوع النزاع وسواء أكانت هي المحكمة الابتدائية في جميع الأحوال أم غيرها ، فإن اختصاص القضاء المستعجل لا يتعدل ولا يتغير في هذا الصدد ، إذ هو يمنع حمايته العاجلة لدى الحق الظاهر متى توافر ركن الاستعجال ، وهذه الحماية لا تمس أصل الحق المدعى به . كل هذا ما لم ينص القانون على حرمان القضاء المستعجل من اختصاصه بنص صريح . وفيما يلي أحوال اختصاص القضاء المستعجل في صدد دعاوى الإيجار ، وبعضها لا يتصل بإعمال ذات قانون المساكن ، وبعضها يتصل بأبواب وقائع للاستناد إليها في نزاع موضوعي مستقبل قد يتصل بقانون المساكن ، وبعضها يتصل بما نص عليه قانون المساكن ، وبعضها يقوم عند إنهاء العلاقة الإيجارية بأرادة المستأجر ، وبعضها يتصل بالاشكالات الوقتية التي تنشأ عن تنفيذ أحكام دائرة المساكن .

وجدير بالذكر أن اختصاص القضاء المستعجل مشروط بطبيعة الحال بعدم المساس بالقاعدة الموضوعية الواجبة التطبيق ، فثلاً إذا منع قانون

المساكن: يطرد المشتاجر في الأحوال تميز فيها نصوص القانون المدني هذا الطرد فان القاضي المستعجل لا يملك الطرد في هذه الأحوال والا فانه يكون قد اهدر القاعدة الموضوعية . كذلك اذا قيد المشرع اعمال القاعدة القانونية بقيد ما ، فان القاضي المستعجل لا يملك السماح للخصوم بالتحرر من القاعدة بالالتجاء اليه ، وفقاً لما سوف نراه .

١٨ - اختصاص القضاء المستعجل في أحوال لا تتعلق بقانون المساكن :

مما لا شبهة فيه ولا خلاف أن القضاء المستعجل يختص بمسائل الدعاوى المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت متى كانت لا تمسك بقانون المساكن . فقد يحدث أن يمنع المؤجر عن تسليم المشتاجر العين المؤجرة في الوقت المتفق عليه . ويترتب على ذلك الأضرار بحق المشتاجر بصورة يتعين درؤها بالالتجاء الى القضاء العادي ، كان يكون قد ترك العين التي كان يقيم فيها ونقل مقولاته في طريقه الى العين الجديدة ... الخ ، ويشترط في هذا الصدد أن يكون عقد الايجار مكتوباً أو غير موجود من جانب المؤجر (١).

لكننا نختص القضاء المستعجل بالمفاضلة بين ايجارين أو أكثر للفصل في النزاع على تسليم العين المؤجرة ، كل هذا بشرط عدم المساس بأصل المصلحة (٢).

ويملك القضاء المستعجل التصريح للمشتاجر بأجراء الاصلاحات الضرورية أو المتفق عليها في العقد قبل الدخول في العين المؤجرة اذا انقض من تقرير الخبير المعين عدم قيام المؤجر بها ، بل لقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٨٥٥ مدني وان اوجبت على المشتاجر أن يبادر الى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كان محتاج العين الى ترميمات مستعجلة أو يتكشف بها عيب ، فليس مؤدى هذا النص أن يكون لزاماً على المشتاجر

(١) ، (٢) راتب ونمر الدين . كامل - قضاء الأمور العاجلة ، رقم ٢١٦ و٢١٧.

ان يرفع دعوى لاثبات حالة العين المؤجرة قبل قيامه بالاصلاحات (١).
كما يملك القضاء المستعجل التصريح للمؤجر باجراء الترميمات الضرورية
في العين المؤجرة .

هذا ويلاحظ أنه اذا ثار خلاف الخصوم أمام القضاء المستعجل حول
اعتبار النزاع الموضوعي خاضعا لقانون المساكن أو غير خاضع له ،
فان العبرة بكون هذا النزاع جدليا أو غير جدلي ، فاذا كان نزاعا غير
جدلي وكان الوضع القانوني ظاهرا لا يحتاج الى أى بحث أو تأويل جاز
للقاضى المستعجل الاعتماد بالحالة الظاهرة . ولقد قضت محكمة النقض
بأنه اذا كان الخلاف بين طرفي الدعوى على اختصاص القضاء المستعجل
انما نشأ عن خلافهما على نوع الدعوى ، اذ يقول أحد طرفيها انها دعوى
اخراج مستأجر من مكان مسكون يخضع لقانون المساكن ويقول الطرف
الأخر انها دعوى اخراج مستأجر من عين لا يجوز عقد الايجار اعدادها
للسكنى ، ثم اعتبر الحكم الدعوى دعوى اخراج مستأجر من مكان مسكون
ورتب على هذا عدم اختصاص القضاء المستعجل بنظرها ، فانه يكون قد
فصل في اختصاص مبناه نوع القضية (٢) .

١٩ - اختصاص القضاء المستعجل باثبات وقائع للاستناد اليها في
نزاع موضوعي مستقبل ولو كان مما نص عليه قانون المساكن :

لما كان القضاء المستعجل يختص بنظر الدعاوى باثبات وقائع تمهيدا
لرفع الدعوى الموضوعية في المستقبل ، وذلك متى توافرت الشروط المقررة ،
فان هذا القضاء يختص ولو كان النزاع الموضوعي مما نص عليه قانون
المساكن ، بل ولو كان هذا النزاع الموضوعي قد رفع بالفعل الى دائرة
المساكن (٣) لأن رفع الدعوى الموضوعية لا ينزع الاختصاص من القاضى
المستعجل عملا بالمادة ٤٩ من قانون المرافعات .

(١) نقض ١٧ مارس ١٩٥٥ المجلة ٣٦ ص ٧١١

(٢) نقض ١٢ ديسمبر ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية • ص ٢٧٨

(٣) راتب ونصر الدين كامل ٢١٠

٢٥ - اختصاص القضاء المستعجل فيما ورد في قانون إيجار المساكن :

قدمنا أن اختصاص محكمة ما ينظر منازعات موضوعية معينة على أساس موضوعي معين لا ينفي اختصاص القضاء المستعجل بنظر المنازعات المستعجلة المتصلة بها ، وذلك لأن لكل نزاع وجهين ، وجه موضوعي ووجه مؤقت ، ويصدر في الحالة الأولى حكم موضوعي قطعي ويصدر في الحالة الثانية حكم مؤقت يحوز حجية مؤقتة . ولا يختلف هذا النظر ولو حدد المشرع الاختصاص الموضوعي لمحكمة معينة وخصها به وحدها ، أو وضع قواعد موضوعية خاصة في هذا الصدد .

واذن ليس ثمة ما يمنع القضاء المستعجل من الحكم بطرد المستأجر اذا توافر في طلب الطرد ركن الاستعجال على ما هو مقرر في هذا الصدد ، وحكمه يكون حكما وقتيا لا يوز الحجية عند نظر الدعوى الموضوعية بالطرد أمام محكمة الموضوع (١) فالقاضي المستعجل يملك طرد المستأجر اذا استعمل العين المؤجرة استعمالا ضارا بها ضررا جسيما أو استخدمها للدعارة (٢) الخ ...

كما يملك القضاء المستعجل طرد المستأجر الذي قام بالتأجير من الباطن بغير إذن من المالك وبشرط توافر ركن الاستعجال (٣) .

ويملك القضاء المستعجل طرد المستأجر الذي يتخلف عن الالتزام بدفع الاجرة ، وانما يختلف الرأي فيما اذا كان يلزم تكليف المستأجر بوفاء الاجرة قبل رفع الدعوى بخمسة عشر يوما عملا بقانون المساكن ، على تقدير أنه لا يعتبر متخلفا عن الوفاء بحكم القانون الا اذا انقضى الميعاد المتقدم بعد تكليفه به . ويتجه رأي آخر الى أن التكليف بالوفاء وانقضاء الميعاد المتقدم هي شروط لقبول الدعوى الموضوعية بالطرد ، أما الدعوى

(١) أنظر في تأييد هذا الرأي راتب ونصر الدين كامل رقم ٢٣١

(٢) استئناف غنط ١٧ يونيو ١٩٤٢ مجلة التشريع والقضاء ٥٤ ص ٢٣٩

(٣) المرجع السابق رقم ٢٢٦

المستعجلة فلا محل لاشتراط ذلك بصدها لانه يتنافى مع الاستعجال ويتنافر مع طبيعة الدعوى المستعجلة ، هذا فضلا عن أن الفسخ التلقائي لعقد الإيجار انما يقع بمجرد وقع المخالفة المعلق عليها الشرط الصريح بالفسخ فتقضى علق هذا الشرط في العقد على الامتناع عن وفاء الاجرة دون قيد آخر وقع الفسخ التلقائي بمجرد ارتكاب هذا التخلف عن الوفاء واصبحت يد المستأجر يد غصب تقضى المبادرة بالالتجاء الى القضاء المستعجل لرفع هذا الغصب (١) .

ومع ذلك نحن نتجه الى الرأي الأول ذلك لأن المشرع في قانون المساكن قصد التيسير على المستأجر ، ومنحه فسحة زمنية دون الاعتداد بالفسخ التلقائي للعقد المقرر في منصوصه . واذا كان هذا هو مايعنيه المشرع ، مخالفا بذلك القواعد المقررة في القانون المدني فانه يلزم الاحترام في جميع الأحوال والا انتهى الأمر الى الالتجاء الى القضاء المستعجل في كل الأحوال بمجرد التخلف عن الالتزام بدفع الاجرة في الميعاد ، وبذا يتحلل المؤجرون من القواعد المقررة في قانون المساكن ، وهى قواعد أمرة من النظام العام .

هذا ويلاحظ أن القضاء المستعجل لا يختص بالطرد في صدد ما تضمنه قانون المساكن من قواعد تخالف القانون المدني بالنسبة لامتداد عقود الإيجار (٢) .

٢١ - اختصاص القضاء المستعجل بعد انتهاء العلاقة الإيجارية بارادة المستأجر :

يحدث أن يتفق المستأجر مع المؤجر على انتهاء الإيجار في تاريخ معين ، بل يحدث أن ينذر المستأجر المؤجر بانتهاء الإيجار في تاريخ معين ، وهنا ينتهى أثر قانون الإيجار . وفي هذه الصور يتعين على المستأجر ترك العين

(١) راتب ونصر الدين رقم ٢٣٨

(٢) المرجع السابق رقم ٢٥٣ ورقم ٢٥٧

المؤجرة في التاريخ الذي حدده هو بنفسه، ولا يملك التحدى بقانون المساكن ، فهو في ظله أنهى الإيجار ، وتخلّى عن حماية المشرع له . فالمشرع حين أمر بامتداد عقود الإيجار جبراً عن المؤجر قد راعى جانب المستأجر قاصداً حمايته ، وباتفاق المستأجر على الاختلاء يكون قد تخلّى المشرع له . ومضى انقضى الميعاد المحدد للاختلاء اعتبر المستأجر في حكم المقتصب . وجاز طرده بحكم من القضاء المستعجل ، بعد التحقيق من سلامة الاتفاق . فاذا نشأ نزاع جدى بصدد حصول هذا الاتفاق أو عدم حصوله ، أو بصدد حصول الإنذار المتقدم أو عدم حصوله ، أو تمسك المستأجر بإنكار الاتفاق أو تزويره ... امتنع على القاضى المستعجل الحكم بالطرد .

٢٢ - اختصاص القضاء المستعجل بالاشكالات الوقتية عند تنفيذ أحكام دائرة المساكن :

لاشبهة في اختصاص القضاء المستعجل بنظر الاشكالات الوقتية عند تنفيذ أحكام المساكن ، فهذه الاشكالات لاتعد من قبيل الطعن في الحكم المراد تنفيذه ، وإنما هي تتعلق بالمنازعات الوقتية بصدد توافر شروط التنفيذ أو عدم توافرها ، ويقضى في شأنها بوقف التنفيذ مؤقتاً أو بالاستمرار فيه ريثما يفصل في أصل الحق وهو هنا الاشكال الموضعى في التنفيذ .

الفصل الثاني

اجراءات رفع الدعوى ونظرها

٣٣ - الاجراءات المقررة - جواز اتباع القواعد العامة :

رسم قانون المساكن اجراءات استثنائية لرفع الدعوى قصد بها التيسير على الخصوم ، فنص في المادة ١٥ على أن يكون رفع الدعوى بطلب من ذوى الشأن الى قلم كتاب المحكمة . وعلى قلم الكتاب أن يعطى الطالب ايصالا بتسلم الطلب وأن يرفع الطلب فى خلال ٢٤ ساعة من تاريخ تسليمه الى رئيس الدائرة المختصة الذى يحدد جلسة للنظر فى النزاع . ويقوم قلم الكتاب بإبلاغ طرفى الخصومة مضمون الطلب وتاريخ الجلسة قبل الموعد المحدد لها بخمسة أيام على الأقل بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول ويفصل فى النزاع على وجه الاستعجال (١) .

ولما كان المقصود من تلك الاجراءات الاستثنائية هو التيسير على المدعى فقد جرى العمل على اجازة رفع الدعوى بالطرق المعتادة ولو تعلقت

(١) يلاحظ أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ لايسى المادة ١٥ من قانون المساكن، ذلك لأن المادة ٦٩ من قانون المرافعات تنص على أن الدعوى ترفع بتكليف بالخضور ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك . أما المادة ١١٨ من القانون معدلة بالقانون رقم ١٠٠ فلا يقصد منها الا تقرير قاعدة عامة مقتضاها انه بالنسبة للدعوى التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة تتبع بصدها القواعد العامة فى رفع الدعوى دون أن تنص فى هذا الصدد أى نص خاص يقرر قواعد استثنائية فى رفع الدعوى . وبعبارة أخرى ، على ما تقرره المادة ١١٨ هو مجرد تقرير تلك القاعدة العامة المتقدمة ، أما حيث ينص أى قانون خاص على قاعدة استثنائية معينة سواء بصدد طريق رفع الدعوى أو مجاد الملتم فى الحكم فانها يجب أن تسمى ولا يتصور أن ينسخ القانون العام قاعدة خاصة فى قانون خاص .

بتطبيق قانون المساكن ، فالمدعى بذلك ينزل عن الطريق السهل الذى حباها به المشرع (١) .

ومن الجائز ، من باب أولى ، إحالة الدعوى المرفوعة بالطريق المعتاد الى دائرة المساكن ، ومتى رفعت الدعوى صحيحة وانعقدت الخصومة باعلان المدعى عليه ، فلا يتحتم بعدئذ على قلم الكتاب اتخاذ الاجراءات المقررة فى المادة ١٥ المتقدمة (٢) .

ولا يترتب على اختيار الطريق المعتاد لرفع الدعوى بدلا من الطريق السهل أن تتعدل طبيعة الدعوى أو الاجراءات الواجبة التطبيق ، فالحكم الذى يصدر فى الدعوى لا يقبل أى طعن على النحو المقرر فى المادة ١٥ (٣) .

ومن ناحية أخرى ، اذا رفعت الدعوى بالطريق المقرر فى قانون المساكن ثم رأت الدائرة أن الدعوى ليست ناشئة عن تطبيق قانون انجار الاماكن فانها تنظرها بطبيعة الحال ، متى كانت مختصة بنظرها طبقا للقواعد العامة ، والعبرة فى هذا الشأن أن تتعد الخصومة صحيحة وأن تتخذ بصدها كامل الاجراءات المقررة فى رفع الدعوى سواء تلك التى نص عليها قانون المرافعات بمراعاة احكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ أم تلك التى نص عليها قانون المساكن .

وبعبارة أخرى ، اذا رفعت الدعوى عملا بالمادة ١٥ بطلب قدم الى قلم كتاب المحكمة ، فمن الواجب أن تستكمل الاجراءات بان تحدد جلسة بواسطة رئيس الدائرة المختصة ، وأن يعلن الخصوم بها قبل انعقادها بخمسة أيام على الأقل باعلان على يد محضر أو بكتاب موصى عليه بعلم وصول ، سواء بواسطة رافع الدعوى أم قلم الكتاب . واذا رفعت الدعوى عملا بالمادة ٦٩ ومايلها من قانون المرافعات ، وقدم المدعى الى قلم الكتاب صيغتها عملا

(١) القاهرة الابتدائية ١٤ أبريل ١٩٥٦ القضية رقم ٤٣٦٩ سنة ١٩٥٥ كل مصر و١٧ مارس ١٩٥٧ رقم ٩٢٧ سنة ١٩٥٥ كل مصر .

(٢) القاهرة الابتدائية ٢٠ فبراير ١٩٥٥ رقم ١١٤ لسنة ١٩٥٥

(٣) استئناف مختلط ١٤ يناير ١٩٤٧ السنة ٥٩ ص ٦١

بالمادة ٧٥ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ فمن الواجب أن تستكمل الاجراءات رفقا لاحكام قانون المرافعات ، ولا تستكمل وفقا لاحكام قانون ايجار الاماكن بمعنى أن عدم تكليف المدعى عليه بالحضور في خلال ثلاثة أشهر من تقديم الصحيفة الى قلم المحضرين يترتب عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن عملا بالمادة ٧٨ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ ، وذلك لأن اختيار الطريق المقرر لرفع الدعاوى والنزول عن الطريق السهل من جانب المدعى يترتب عليه أن يتحمل هو مغبة اختيار الطريق الذى اختاره ، ولا يملك التحدى بتلك القواعد السهلة في رفع الدعوى وإلّا لم تقرر جزاء في هذا الصدد ، لان محل التحدى بها أن تبدأ الاجراءات وتنتهى على وفقها .

٢٤ - كيف يرفع الطلب - بياناته - توقيع عام عليه - بطلانه - كيفية التمسك بالبطلان :

تنص المادة ١٥ على أن الدعوى ترفع بطلب يقدم الى قلم كتاب المحكمة . ولم تذكر المادة بيانات هذا الطلب ، وان كان المؤكد أنها مادامت تقول « أن تكون بيانات هذا الطلب هي البيانات العامة الواجب توافرها في صحيفة الدعوى مالم يستبعد أى بيان منها بصريح نص المادة ١٥ المذكورة ، أو باعتبار أن الطلب لا يعد من أوراق المحضرين . ومن ثمّ ينعين أن يشتمل الطلب على البيانات الآتية :

١ - اسم المدعى ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثلته ولقبه ومهنته وموطنه كذلك إن كان يعمل لفيره .

٢ - اسم المدعى عليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه فان لم يكن معلوما وقت الاعلان فأختر موطن كان له .

٣ - وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعى واسانيدھا .

٤ - موطن مختار للمدعى في البلدة التى بها مقر المحكمة اذا لم يكن له موطن فيها .

٥ - المحكمة المرفوعة اليها الدعوى .

٦ - توقيع محام مقبول أمام المحكمة المرفوع اليها النزاع على نحو ماقدرته المادة ٢٥ من قانون المحاماة (رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧) .

ويبطل الطلب اذا كان يجهل بالمدعى أو بالمدعى عليه أو بالمدعى به. وبعبارة أخرى المقصود بالبيانات المتصلة بالمدعى أو بالمدعى عليه هو التعريف بهذا أو ذاك معرفة نافية للجهالة ، بحيث اذا ورد بها نقص أو خطأ فانه لا يؤدي الى البطلان الا اذا كان يجهل به ، ولعل هذا نادر بصدد دعاوى الايجار. ويكفى أن يكون مطلوب المدعى واضحاً بحيث اذا لم تذكر وقائع الدعوى تفصيلاً أو أدلتها فان ذلك لا يؤدي الى البطلان .

كذلك لا يبطل الطلب اذا لم يحدد المدعى له فيه موطناً مختاراً في البلدة التي بها مقر المحكمة ولو لم يكن له موطن فيها ، وعندئذ يصح اعلانه في قلم كتاب المحكمة بجميع الأوراق التي كان يصح اعلانه بها في الموطن المختار على النحو المقرر في المادة ١٣ من قانون المرافعات .

كما لا يبطل الطلب اذا لم يذكر فيه اسم المحكمة المرفوعة اليها الدعوى مادام هو مقدم بالفعل الى تلك المحكمة ، وما دام أن اعلان المدعى عليه بالجلسة يتضمن بيان تلك المحكمة .

أما اذا لم يوقع على الطلب أحد المحامين المقبولين أمام المحاكم الابتدائية فانه يكون باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام (١) ، ولو كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز النصاب الانتهاي للقاضي الجزئي (٢) ، وذلك لأن المشرع قد نص في المادة ٢٥/٤ من قانون المحاماه على انه لا يجوز تقديم صحف الدعاوى للمحاكم الابتدائية الا اذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها ، واذا كان القانون في المادة ٢٥/٥ منه لا يوجب توقيع المحامي على صحف الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها النصاب الانتهاي للقاضي الجزئي فان ذلك مشروط

(١) القاهرة الابتدائية ٢٦ أبريل ١٩٥٨ و ١٧ مايو ١٩٥٨ و ٢٢ مارس ١٩٥٨
و ٢٩ مارس ١٩٥٨ وقد اشار اليها مؤلف الدكتور سليمان مرقص رقم ١٢٩
(٢) القاهرة الابتدائية ١٤ نوفمبر ١٩٥٧ رقم ٢٧٥٩ سنة ١٩٥٧ كل مصر .

بأن تقدم تلك الصحف الى المحاكم الجزئية ، أما اذا كانت الدعوى من اختصاص المحاكم الابتدائية وقدمت بالفعل اليها وجب توقيع المحامي والا كانت الصحيفة باطلة بطلانا متصلا بالنظام العام .

وغنى عن البيان أن محكمة النقض قد استقرت على أن جزاء عدم توقيع المحامي هو بطلان من النظام العام تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها (١) .

وانما لا يلزم أن يكون المحامي الذى يوقع الطلب موكلا عن المدعى لأن كل مقصود المشرع ضمانا لصياغته هو توقيع محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة التى يرفع اليها الطلب (٢) .

ومن ثم من الجائز عملاً أن يرفع الطلب باسم محام نيابة عن الاصيل ، ويوقعه محام آخر مقبول أمام المحكمة المرفوعة اليها الدعوى ، ومن الجائز أن يوقع الطالب محام وكل عن الخصم بعد رفع الدعوى .

والجدير بالذكر أنه إعمالاً للقاعدة المستحدثة فى الفقرة الثانية من المادة ٢٥ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ التى تنص على جواز تصحيح الأجراء الباطل بشرط أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر لانتهاذه ، يجوز استيفاء توقيع المحامي فى الجلسة ، وقد نصت على ذلك صراحة المذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٠٠

ويتشكك البعض فى إعمال القاعدة المتقدمة بالنسبة لما نص عليه قانون المحاماة من بطلان مقرر فى المادة ٢٥ منه على اعتبار أن تلك المادة تنص صراحة على أنه لا يجوز تقديم صحف الدعاوى للمحاكم الابتدائية الا اذا كانت موقعة من أحد المحامين المقبولين أمامها ، ومن ثم يتخلف نهائياً

(١) راجع الأحكام المدينة المشار اليها فى كتاب نظرية النفوذ رقم ١٠١ ومايلي ورقم ١٥٦ وراجع الطبعة السادسة من كتاب المرافعات رقم ٧٣

(٢) أنظر دراسة تفصيلية لهذا الموضوع فى كتاب الأحكام رقم ٣٩٩ والأحكام المدينة المشار اليها فيه . وراجع المادة ٧ من قانون النقض مدله بمقتضى القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢

ما أمر به القانون ووقع الجزاء المتصل بالنظام العام بصدده بمجرد تقديم الصحيفة دون أن تكون موقعة من المحامي .

ولكن هذا القول خطأ ، وفيه مخالفة صريحة للقانون لأن أوامر القانون ونواحيه الأساسية التي يرتب جزاء البطلان لمخالفتها تكون قد أهدرت بمجرد اتخاذ الاجراء دون الاعتداد بها . ومع ذلك يجيز القانون في المادة ٢٥/٢ تصحيحه متى كان ذلك في خلال الميعاد المقرر ثم أن المذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٠٠ تنص على المثال المتقدم صراحة .

وبالنسبة الى البيانات التي يوجب القانون توافرها في أوراق المحضرين عملا بالمادة العاشرة من قانون المرافعات فانه لايلزم توافرها في الطلب - بل لايتصور ذلك - لأن الطلب لا يعد من أوراق المحضرين .

وبالنسبة الى بيان جلسة نظر الطلب فانها لا تحدد الا بعد تقديمه بواسطة رئيس الدائرة على النحو الذي نذكره فيما بعد .

واذ لا يعتبر الطلب المتقدم من أوراق التكليف بالحضور فان حضور المدعى عليه في الجلسة لا يسقط الحق في التمسك بالبطلان لأي سبب من الاسباب . وعلى أي حال فان المادة ١٤٠ من قانون المرافعات معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ - والتي تنص على ان بطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب في الاعلان أو في بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن اليه في الجلسة - هذه المادة لا عمل لاعمالها فيما نحن بصدده ، لأن الطلب المتقدم لا يتضمن بيان تاريخ الجلسة ، ولا يعلن هو في ذاته ، ولا يبطله عدم ذكر المحكمة متى رفع بالفعل اليها وقبله قلم كتابها .

أما البطلان الذي يتصل باعلان المدعى عليه بالجلسة المحددة لنظر الدعوى فسوف ندرسه تفصيلا فيما بعد .

واذن البطلان المتعلق بالطلب المتقدم لا يزول بحضور المدعى عليه في الجلسة ، وانما هو يملك التمسك به على صورة دفع شكلي يبدى قبل التكلم في

الموضوع وقبل ابداء أى طلب أو دفع شكلى آخر ، والاسقط الحق فى الادلاء به .

وبعبارة أخرى توجب المادة ١٣٢ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ ابداء سائر الدفوع المتعلقة بالاجراءات معا قبل التكلّم فى الموضوع والاسقط الحق فيما لم يبد منها : وحتى اذا ابدى الخصم دفعا شكليا متصلا بالنظام العام فى بدء النزاع فان هذا لايعفيه من ضرورة ابداء سائر الدفوع الشكلية معه والاسقط فيما لم يبد منها . وبعبارة ثالثة ، اذا كان من الجائز ابداء دفع شكلى فى أية حالة تكون عليها الاجراءات لاتصاله بالنظام العام فان هذا لاينحل بالقاعدة الاساسية التى توجب عند ابداء أى دفع شكلى انفسك بسائر الدفوع الشكلية الاخرى والاسقط الحق فيما لم يبد منها .

٢٥ - تحديد جلسة لنظر النزاع وعلان الخصوم بها وميعاد الحضور فى هذا الصدد :

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ على أن على قلم الكتاب أن يعطى الطالب إيصالا يتسلم الطلب وأن يرفع الطلب فى خلال ٢٤ ساعة من تاريخ تسليمه الى رئيس الدائرة المختصة الذى يحدد جلسة للنظر فى النزاع .

وتنص الفقرة الثالثة على أن يقوم قلم الكتاب بابلاغ طرفى الخصومة مضمون الطلب وتاريخ الجلسة قبل الموعد المحدد لها بخمسة أيام على الاقل بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول .

وواضح من النصوص المتقدمة أنها تخالف القواعد المقررة فى قانون المرافعات سواء بالنسبة الى تحديد الجلسة أو بالنسبة الى اعلان الخصوم بها أو بالنسبة الى مواعيد التكليف بالحضور .

فالمادة ١٥ توجب على قلم الكتاب رفع الطلب الى رئيس الدائرة فى خلال ٢٤ ساعة من تاريخ تسلمه اليه ، وذلك ليحدد الجلسة ، ولايرتب ثمة بطلان اذا مازع الطلب الى الرئيس بعد هذا الميعاد ، وان كان المخالف

يتعرض لجزاء ادارى : ولا يتطلب القانون أن تتحدد الجلسة في خلال
ميعاد معين من يوم تقديم الطلب .

ويوجب القانون أن يتولى قلم الكتاب ابلاغ اطراف الخصومة بمضمون
الطلب وتاريخ الجلسة . ولا يقصد من عبارة « مضمون الطلب » اعلان
الخصوم بصورة منه بل يكفي اعلانهم ببياناته الاساسية المتعلقة باسماء الخصوم
وموطن كل منهم ومطلوب المدعى وتاريخ الجلسة المحددة لنظره والمحكمة
المقدم الطلب اليها .

ويتم الاعلان بوساطة قلم الكتاب لا المدعى ، ويتم بكتاب موصى
عليه مصحوب بعلم الوصول . .

ويكون علم الوصول الموقع عليه من جانب المدعى عليه (أو من
تسلمه في موطنه وكانت له صفة في هذا الصدد) هو الدليل الوحيد على
حصول الاعلان (١) ، فلا يكفي في هذا الصدد إبراز ايصال مصلحة
البريد الذى يسلم الى الراسل عند تقديمه الرسالة اليها لانه لا يبدل في ذاته
على حصول الاعلان وعلى تسلمه من جانب المراد اعلانه .

ويكفى أن يتسلم الخطاب الموصى عليه أحد المتسبين الى موطن المرسل
اليه سواء أكان قريبا له أم صهرا أم أحد ابنائه (بشرط الإقامة معه) أم زوجه
أم خادما أم بوابا أم سائقا أم وكيلًا ، على أن يوقع هذا بما يفيد تسلمه
الخطاب . وعند تمسك المرسل اليه بعدم تسلمه الرسالة بمقولة ان الذى
تسلمها لاعلاقة له به ولم يسلمها بدوره اليه فلا مفر من إحالة هذا الطلب
الى التحقيق لاثبات هذه الواقعة المادية أو نفيا بشهادة الشهود (٢) .

ويجوز أن يتم الاعلان المتقدم على يد محضر ، وفي هذه الحالة يكون
أصل الاعلان هو الدليل على حصوله .

(١) أنظر في هذا المعنى استنباط الاستكثارية ٢٤ أبريل ١٩٥٢ مجلة التشريع والقضاء
٥ عدد ٤ ص ٢٣

(٢) أنظر الطبعة الثالثة من كتاب التنفيذ رقم ٨٣ في صدد تحديد أصحاب الصفة في تسليم
الخطاب الموصى عليه بعلم الوصول وفي الاحتداد بترقيمهم عليه .

وليس ثمة ما يمنع من أن يتم اعلان المدعى عليه بواسطة المدعى بخطاب موصى عليه بعلم وصول أو باعلان على يد محضر على النحو المتقدم . ولا يجوز للمحكمة بأى حال من الأحوال أن تنظر موضوع الدعوى عند غياب المدعى عليه الا بعد أن تتحقق من صحة اعلانه على النحو المتقدم ، والاوجب عليها تأجيل نظر الدعوى الى جلسة تالية يعلن بها بواسطة المدعى ، عملاً بالمادة ٩٥ مضافة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ وهى تقرر أنه اذا تبينت المحكمة عند غياب المدعى عليه بطلان تكليفه بالحضور وجب عليها تأجيل القضية الى جلسة تالية يعاد تكليفه بالحضور فيها تكليفاً صحيحاً بواسطة خصمه .

وليس ثمة ما يمنع المحكمة من الزام قلم الكتاب باجراء هذا الاعلان بخطاب موصى عليه بعلم وصول على النحو المقرر فى المادة ١٥/٣ من قانون المساكن . واذا كان الذى تخلف عن الحضور فى الجلسة الأولى هو المدعى وجب أيضاً تأجيل القضية الى جلسة تالية مع تكليف قلم الكتاب باعلان المدعى بها بمقتضى خطاب موصى عليه بعلم الوصول .

وميعاد التكليف بالحضور هو خمسة أيام على الأقل ، وهذا يخالف الميعاد المقرر فى المادة ٧٢ من قانون المرافعات معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ ، فهذه تحدد الميعاد بخمسة عشر يوماً على الأقل .

ولما كان القانون رقم ١٠٠ لا يرتب ثمة بطلاناً عند مخالفة مواعيد الحضور عملاً بالمادة ٨٠ معدلة ، فان هذه القاعدة العامة واجبة التطبيق فيما نحن بصدد ، وذلك بغير اخلال بحق المعلن اليه فى التأجيل لاستكمال الميعاد (م) ٨٠ معدلة من قانون المرافعات) .

والذى يتمسك بالتأجيل لاستكمال الميعاد هو المدعى عليه أو من فى حكمه أما المدعى فن الطبعى أنه ما أقام الدعوى الا بعد أن استكمل بحثها ودراستها بواسطة وبواسطة محاميه ، ومن ثم لا يملك التمسك بالتأجيل لاستكمال ميعاد الحضور .

ويضاف الى الميعاد المتقدم ميعاد مسافة على النحو المقرر في قانون المرافعات ويجب أن يحترم هذا الميعاد بالنسبة لكل من المدعى والمدعى عليه .

٣٦- بطلان الاعلان أو عدم حصوله وكيفية التمسك بالبطلان :

لما كان الاعلان مخاطب موصى عليه بعلم وصول لا يتم باعلان على يد محضر عملا بالمادة ٣/١٥ المقدمة ، فانه لايعتبر من قبيل أوراق التكليف بالحضور ، لان المقصود بالأوراق في قانون المرافعات هي تلك الاجراءات المكتوبة والتي تم بواسطة رجال القضاء أو مساعديهم ، هذا على الرغم من أن المقصود من الخطاب الموصى عليه في المادة ٣/١٥ هو تكليف المدعى عليه الحضور في يوم معين أمام محكمة معينة لسماع الحكم عليه في دعوى مرفوعة عليه . ومن ثم حضور المدعى عليه في الجلسة لا يسقط حقه في التمسك ببطلان الاعلان لأن المادة ١٤٠ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ لا تنطبق في هذا الصدد - وهي تنص على أن بطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب في الاعلان أو في بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة يزول بحضور الملن اليه في الجلسة .

وليس صحيحا اتجاه الرأى الذى يبرر القاعدة المتقدمة بمقولة أنه اذا كانت الدعوى التى أعلن بها المدعى عليه خاضعة لقانون خاص يجعل الحكم فيها غير قابل لأى طعن كما هو شأن دعاوى الابتجارات الخاضعة للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، فان الملن اليه لا يكون له حق المعارضة اذا تقيب ولايبقى له الا أن يحضر في الدعوى ليتمسك فيها بالبطلان . فاذا حضر ودفع بالبطلان فلا يجوز رد دفعه بان حضوره قد أزال البطلان بل يحقق دفعه ويحكم له عند ثبوت صحته بعدم قبول الدعوى شكلا (١) .

نقول أن التبرير المتقدم غير صحيح ، لأنه اذا كان سليما واذا استقام لوجب في جميع الاحوال التى يكون فيها الحكم غير قابل للطعن بالمعارضة والاستئناف الاخلال بالقاعدة الاساسية في التشريع التى تقرر أن حضور

(١) قارن سليمان مرقص رقم ١٣٢ والقاهرة الابتدائية ٢٩ يناير ١٩٥٥ الحاماة ٣٦ ص ١٣٨٤

المدعى عليه في الجلسة يسقط حقه في التمسك ببطلان ورقة التكليف بالحضور عملاً بالمادة ١٤٠ .

فالسبب الوحيد الذي لا يعتبر الحضور بمقتضى المادة ٣/١٥ من قانون المساكن مسقطاً للتمسك بالبطلان ، هو أن ذلك البطلان لا يعتري ورقة من أوراق المحضرين ، وإنما يتصل بخطاب موصى عليه ، ولو كان الغرض المقصود منه هو دعوة الخصم للحضور أمام محكمة معينة في يوم معين لسماع الحكم عليه في دعوى مرفوعة عليه .

ولما كانت المادة ٢/٢٥ مضافة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ تميز تصحيح الاجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الاجراء ، وتميز اذا لم يكن للاجراء ميعاد مقرر في القانون أن تحدد المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه ، فإن المدعى يملك طلب التأجيل لتصحيح الاعلان أو استكمالها ، كما يملك في حضور المدعى عليه الادلاء بالبيانات الناقصة أو غير الصحيحة ، وعندئذ يجب أن يجاب المدعى عليه اذا ما تمسك بالتأجيل للاستعداد عملاً بالمادة ١٠٨ والمادة ١٤٠ .

٢٧- اجراءات نظر الدعوى :

توجب المادة ٤/١٥ من قانون ايجار الاماكن الفصل في النزاع على وجه الاستعجال ، ولما كان كل المقصود من هذا التعبير - بعد تعديل قانون المرافعات بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ - هو مجرد حث المحكمة على تعجيل نظر الدعوى ، فإن هذا الاصطلاح - وهو لا يختلف في وضعه القانوني عن اصلاح نظر الدعوى على وجه السرعة - لا يؤثر في طريقة رفع الدعوى أو نظرها عملاً بالمادة ١١٨ المعدلة .

وإذا تخلف المدعى والمدعى عليه عن الحضور في أية جلسة محددة لنظر الدعوى وجب على المحكمة شطب الدعوى ، وهذا الشطب لا يؤثر في قيامها ، وإنما هي تعتبر كأن لم تكن وتزول الآثار القانونية المرتبة على قيامها متى بقيت مشطوبة ستة أشهر عملاً بالمادة ٩١ من قانون المرافعات .

وإذا تخلف المدعى عن الحضور في الجلسة الأولى وحضر المدعى عليه وحده ، وجب لإعمال المادة ٩٣ ، فإن أبدى الأخير طلبات ما أو دفع أجلت

الحكمة القضية الى جلسة أخرى يعلنه بها المدعى عليه . فان لم يحضر كان للمدعى عليه الخيار بين أن يطلب اعتبار الدعوى كأن لم تكن وبين أن يطلب الحكم في موضوعها . ويعتبر هذا الحكم حضوريا في حقه . ويلاحظ أن الفقه والقضاء قبل العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ كان يرى بالنسبة للدعاوى التي يمنع القانون المعارضة في الاحكام الصادرة فيها أنه لا يكون تأجيل الدعوى واجبا اذا تخلف المدعى أو المدعى عليه عن الحضور في أول جلسة ، بل كان يجوز الفصل فيها بغير تأجيل ، على اعتبار أن الحكم الذي يصدر فيها لا تجوز المعارضة فيه ، فعلة التأجيل — وهي تفادى صدور حكم غيابي على الخصم يصعب منعه من الطعن فيه بالمعارضة — تنتفي في هذا الصدد (١) . وبما لاشك فيه أنه بعد العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ أصبح تأجيل الدعوى واجبا في كل الدعاوى عند تخلف المدعى وذلك عملا بالمادة ٩٣ . أما اذا كان المدعى عليه هو الذي تخلف عن الحضور في الجلسة الأولى فان التأجيل أيضا واجب بالنسبة الى كل الدعاوى عدا المستعجلة عملا بالمادة ٩٥ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠

وبعبارة عامة ، عند غياب الخصوم يجب لإعمال قواعد قانون المرافعات (المادة ٩١ وما يليها) معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، هذا مع ملاحظة أنه اذا حضر المدعى أو المدعى عليه في أية جلسة أو أودع مذكرة بدفاعه اعتبرت الخصومة حضورية في حقه ولو تخلف بعد ذلك (م ٩٢ معدلة) .

ولما كان الغرض المقصود من القواعد الخاصة المقررة في المادة ١٥ من قانون المساكن هو تعجيل نظر الدعوى والفصل فيها ، ولما كان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ قد استحدث قواعد لنظر الدعوى قصد بها

(١) كتاب المرافعات رقم ٣٧٨ والاحكام المشار اليها فيه والمذكرة التفسيرية للقانون .

هذا التسجيل ، فن الواجب إعمال هذه القواعد الأخيرة بصدد منازعات المساكن .

فالمادة ١٠٨ معدلة تنص على أن المرافعة تجري في أول جلسة . وتنص على أنه مع مراعاة حكم المادة ٧١ (التي توجب على المدعى أن يرفق بصحيفة دعواه جميع المستندات التي تؤيدها) إذا قدم المدعى مستنداً كان في إمكانه تقديمه وقت ايداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة ، جاز الزامه بغرامة لا تجاوز خمسة جنيهات بحكم لا يقبل الطعن . ومع ذلك يجوز له أن يقدم مستندات رداً على دفاع خصمه أو طلباته المعارضة .

أما نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٨ التي توجب على المدعى عليه في سائر الدعاوى عدا المستعجلة أن يودع قلم الكتاب مذكرة بدفاعه يرفق بها مستنداته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل ، هذه الفقرة لا يجوز إعمالها في صدد منازعات المساكن لأن ميعاد الحضور في شأنها هو خمسة أيام فقط ، فلا يتمكن من اعداد دفاعه في يومين ، بينما ميعاد الحضور في الدعاوى الأخرى عملاً بالأصل العام في التشريع هو خمسة عشر يوماً (م ٧٢ معدلة)

وليس ثمة ما يمنع المحكمة من إعمال الجزاءات المقررة في المادة ١٠٩ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

٢٨- متى تسرى الآثار المترتبة على رفع الدعوى بمقتضى قانون اجبار الأماكن :

لما كانت المادة ١٥ من قانون اجبار الأماكن تجيز رفع الدعوى بطلب يقدم الى المحكمة المختصة ، كما قدمنا ، ثم بعدئذ يعلن الخصوم بالجلسة التي يحددها رئيس الدائرة بعد عرض الطلب عليه ، فان مجرد تقديم الطلب الى المحكمة يقطع التقادم على وفق ما تقرره المادة ٣/٧٥ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، أما باقى الآثار القانونية المترتبة على رفع الدعوى فلا تسرى الا باعلان المدعى عليه بها وبالجلسة المحددة لنظرها ،

وذلك على اعتبار أن المشرع في القانون رقم ١٠٠ قد ارتأى أن يترتب قطع التقادم لصالح المدعى بمجرد تقديم الطلب الى المحكمة حتى لا يضار بما قد يترتب على عدم التمكن من إعلان خصمه على الفور لسبب قد يخرج عن إرادته ، ولا يتصور أن يفيد المدعى من هذا الأثر اذا ما باشر الدعوى على مقتضى قواعد قانون المرافعات ولا يفيد منه باتباع القواعد المبسطة السريعة في قانون المساكن . أما باقى الآثار القانونية المترتبة على رفع الدعوى فلا تسرى في حق المدعى عليه إلا من تاريخ إعلان المدعى وبالجلسة المحددة لنظرها ، سواء باتباع القواعد العامة أم تلك المقررة في قانون المساكن .

٣٩- الصفة الواجبة في رافع الدعوى وفيمن ترفع عليه :

لما كان عقد الإيجار يترتب بين طرفيه مجرد التزامات شخصية فان الدعاوى المتعلقة به لا ترفع إلا من جانب أحد هذين الطرفين في مواجهة الآخر ، على اعتبار أنها من الدعاوى الشخصية المنقولة .

وللسبب المتقدم لا يذكر قانون ايجار الأماكن عبارة المالك وانما يذكر في غالبية نصوصه عبارة «المؤجر» لأنه هو طرف عقد الإيجار في جميع الأحوال (١) وقد يكون المؤجر غير المالك ، كما هو الحال بالنسبة الى المستأجر الأصلي اذا كان يملك التاجر من الباطن وبالنسبة الى صاحب حق الانتفاع أو مؤجر مال غيره (٢) .

ولا يعتد بالاجراءات التي تصدر عن المالك غير المؤجر (٣) ، وله كان شريكاً للمؤجر في العين المؤجرة اذا لم يكن من الممكن اعتبار المؤجر نائباً عنه .

(١) قارن المادة ٢ فقرة ٢ من قانون المساكن .

(٢) القاهرة الابتدائية ٢٣ سبتمبر ١٩٤٥ الحاماه ٢٧ ص ٦٣٨ .

(٣) القاهرة الابتدائية ١٣ سبتمبر ١٩٤٥ و ١٨ أكتوبر ١٩٤٥ الحاماه ٢٧ ص ٦٣٧ و ٥ مارس ١٩٥٣ القضية رقم ٣٥٤٥ لسنة ١٩٥٣ . وأنظر أيضاً الاسكندرية الابتدائية في ٢٣ أبريل ١٩٦٢ القضية رقم ٣٦٧ لسنة ٦٢ والاسكندرية الابتدائية في ١٦ أبريل ١٩٦٢ القضية رقم ٢٩٢ لسنة ٦٢ .

وإذا تعدد المؤجرون وجب أن تتخذ الاجراءات منهم جميعاً أو على الأقل من يملكون منهم أغلبية الأنصبة في العن المؤجرة ، فلما دة ٨٢٨ من القانون المدني (في باب الملكية الشائعة) تقرر أن العبرة في ادارة المال الشائع برأى الشركاء الذين لهم أغلبية الأنصبة ، أما اذا انفرد أحدهم بالادارة دون أن يمثل تلك الأغلبية فان ادارته تنفذ اذا لم يعترض الباكون على ذلك ، ويعتبر بمثابة وكيل عنهم (١) ومن ثم اذا تملك اثنان عقاراً على الشيوع مناصفة ، وتولى أحدهما فقط تأجيره دون اعتراض من جانب الآخر صحت صفته في هذا الصدد . وأتما لا تثبت له صفة موالاة الاجراءات في مواجهة المستأجر بعدئذ الا اذا استبان للمحكمة بقاء الوكالة المتقدمة عن الشريك الآخر . واذا تملك اثنان عقاراً على الشيوع وكان أحدهما مملك أكثر من النصف جاز له تولى أعمال الادارة وحده من اجاره أو موالاة أبة اجراءات في مواجهة المستأجر واذا تعدد الشركاء على الشيوع فيمكن أن تصير أعمال الادارة ممن يمثلون أغلبية الأنصبة ، وتثبت الصفة بعدئذ في انهاء العقد أو فسخه لمن يمثل تلك الأغلبية ولو لم يكن من بينهم بعض ممن أبرموا عقد الايجار .

(١) قضت محكمة الاسكندرية بأنه اذا كان عقد الايجار صادراً من أحد الشركاء جاز له وحده أن يتقدم يطلب الاخلاء للضرورة (الاسكندرية الابتدائية في ١٩ مارس ١٩٦٢ القضية رقم ١٢٤ لسنة ٦٢ والاسكندرية الابتدائية في ١٥ يناير ١٩٦٢ رقم ٢٠١٠ لسنة ٦١ . وقضت أيضاً بأن دعوى الاخلاء تقبل اذا رفعت من جانب شريك غير مؤجر متى كان ذلك بموافقة الشريك المؤجر (الاسكندرية الابتدائية في ١٩ مارس ١٩٦٢ القضية رقم ١٢٤ لسنة ٦٢) .

وقضت محكمة الاسكندرية الابتدائية بأنه اذا اعترف المستأجر في اذار على له يد بمحضر عرض فيه الأجرة - بأنها من حق شريك واحد دون سواء بصفته مؤجراً فلا يملك بطلان التمسك بانتفاء صفته خاصة اذا قلم الشريك ما يدل على موافقة الشركاء على قبضه وحده للايجار (الاسكندرية الابتدائية في ١٥ يناير ١٩٦١ القضية رقم ٢٠١٠ لسنة ٦١ مدني كل) .

وكقاعدة عامة يجوز رفع دعوى الاخلاء للضرورة من جانب أحد الشركاء ولو لم يملك أغلبية الأنصبة ما دام قد تدم الى المحكمة ما يثبت موافقة باقي الشركاء على اخلاء الشقة لصالح ذلك الشريك (راجع الاسكندرية الابتدائية ٢٩ يناير ١٩٦٢ القضية رقم ١٧٠٤ لسنة ٦١ مدني كل و١١ مارس ١٩٦٢ القضية رقم ٢١٠٢ لسنة ٦١ في ، والاسكندرية الابتدائية في ١٧ فبراير ١٩٦٢ القضية رقم ١٩٣ سنة ٦٢ والاسكندرية الابتدائية في ١٦ ابريل ١٩٦٢ القضية رقم ٢٩٦ لسنة ٦٢ والاسكندرية الابتدائية في ٢٣ ابريل ١٩٦٢ القضية رقم ٣٦٧ لسنة ٦٢)

ويستقيم كل ما تقدم ولو طلب إخلاء المسكن بسبب الضرورة ،
فإذا تعدد الشركاء على الشروع ، وجب أن يصدر طلب الإخلاء للضرورة
التي يقرها قانون الإيجار المؤجر - من جانب من يمثل أغلبية الأنصبة ،
ولو كان المقصد من الطلب هو الإخلاء لإقامة أحدهم فقط ، لأن الإدارة
لا تنهت الاخلاء فقط ، وإذا باشر الدعوى ذلك الشريك الذي تلجؤه
الضرورة لاستعمال العين وحده دون أن يمثل أغلبية الأنصبة وجب اقرار
من يكل تلك الأغلبية لوكالته عملاً بالمادة ٨٢٨ من القانون المدني المتقدمة
الإشارة إليها .

ومن ناحية أخرى لا يلزم أن يصدر طلب الإخلاء من جميع الشركاء
عملاً بالمادة ٨٢٨ المستحدثة في القانون المدني .

وإذا كان قانون إيجار الأماكن يتطلب اتخاذ الإجراءات في أسوأ
الأحوال من جانب المؤجر ، إلا أنه يتطلب في أحوال أخرى أن تتخذ
من جانب المالك نفسه ، كما هو الحال بالنسبة إلى طلب الإخلاء للهدم
وأعادة البناء ، فالمادة الثانية فقرة ٥ من ذلك القانون تجيز للمالك الإخلاء
بما وضعته من شروط في هذا الصدد ، ويجب على المالك تقديم دليل ملكيته
حتى تقبل دعواه (١).

وإذا توفي المستأجر فإن صفته لا يباشرها إلا جميع الورثة عالم يثبت
أن أحدهم هو وحده الذي كان يقيم دون غيره مع مورثه لأن الحق في مد
الاجار مبدأ قانونياً لا يثبت إلا لمن كان يقيم مع مورثه المستأجر في العين
المستأجرة (٢) . وإذا تعدد المقيمون مع المورث واستقروا جميعاً في المسكن
بعد وفاته فإن الصفة تثبت لهم جميعاً .

هذا ويلاحظ أخيراً أن طلب الإخلاء بسبب الإيجار من الباطن
دون إذن كتابي صريح من المالك (عملاً بالمادة ٢ فقرة ب) لا يوجه إلا

(١) أنظر مؤلف الدكتور سليمان مرقص رقم ٧٨ وما يليه والأحكام الجديدة المشار إليها .

(٢) المرجع السابق رقم ٥٩

الى المستأجر الأصلي لانعدام أية علاقة تعاقدية بين المالك والمستأجر من الباطن ولأن موضوع الدعوى هو فسخ العقد المبرم بين ذلك المالك والمستأجر الأصلي (١).

٣٠- جواز ابداء طلبات عارضة ولو لم تتصل بتطبيق قانون المساكن مادامت مرتبطة بالدعوى الأصلية - كيفية تقدير نصاب استئناف الحكم الصادر فيها :

مادامت دائرة المساكن هي من دوائر المحكمة الابتدائية التي لها الولاية العامة في الفصل في سائر الطلبات العارضة أيا كان مقدمها ، وأيا كانت قيمتها ، وذلك عملاً بصريح المادة ٥٢ من قانون المرافعات ، وما دام تخصيص دوائر لنظر منازعات ما هو مجرد عمل إداري داخلي في المحاكم لا يترتب على مخالفته مخالفة لقواعد الاختصاص النوعي (٢) ، فان دائرة المساكن تملك الفصل في سائر الطلبات العارضة ولو لم تتصل بتطبيق قانون المساكن مادامت مرتبطة بالدعوى الأصلية ومن الجائز الادلاء بها عملاً بالمادة ١٤٣ ومايلها من قانون المرافعات .

واذن تختص دائرة المساكن بالطلبات الإضافية المقدمة من المدعى ودعاوى المدعى عليه وطلبات التدخل بنوعيه واختصاص الغير وإدخال ضامن ، وذلك متى كان من الجائز الادلاء بهذه الطلبات بصورة عارضة على الدعوى الأصلية عملاً بالمادة ١٤٣ من قانون المرافعات ومايلها ، أيا كانت قيمتها ، وذلك عملاً بصريح نص المادة ٥٢ من قانون المرافعات التي تنص على أن المحكمة الابتدائية تحكم في الطلبات الوقتية والمستعجلة وطلب الضمان وسائر الطلبات العارضة مهما تكن قيمتها ، ولولم تتصل بتطبيق قانون المساكن ، لأن المحكمة الابتدائية هي المحكمة ذات الاختصاص العام . كل هذا بمراعاة أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ الذي يجعل قواعد الاختصاص النوعي من النظام العام دون

(١) القاهرة الابتدائية أول ديسمبر ١٩٥٧ القضية رقم ٤٥١ سنة ١٩٥٧

(٢) القاهرة الابتدائية في ٢٣ أكتوبر ١٩٥٤ الحاماه ٣٦ ص ٩٠٧ واستئناف القاهرة ٢٨ ديسمبر ١٩٥٤ رقم ٧٥٠ سنة ٧١ قه .

الاختصاص القيمي التي لا تعتبر من النظام العام ، فالمادة ٥٢ تقرر استثناء من القواعد العامة بمقتضاه يكون للمحكمة الابتدائية وهي المحكمة ذات الاختصاص العام سلطة الفصل في سائر الطلبات العارضة على الدعوى الأصلية أيا كانت قيمتها ، وأيا كان مقدمها (١) .

أما إذا كان الطلب العارض يخرج عن اختصاص المحكمة الابتدائية لسبب يتصل بنوعه فإن هذه المحكمة لا تملك الفصل فيه (٢) .

والحكم الصادر في الطلب العارض يخضع للقواعد العامة في الطعن فيه بالاستئناف إذا لم يكن متصلاً بأعمال قانون المساكن ، ولا يسرى عليه ما يسرى على الحكم الصادر في منازعات الإيجار الخاصة لهذا القانون .

ويخضع الطلب العارض من ناحية تقدير نصاب استئناف الحكم الصادر فيه لقيمته هو دون اعتداد بقيمة الدعوى الأصلية ، إذ يعد من هذه الناحية مستقلاً تمام الاستقلال عن تلك الدعوى . وإذا كان المشرع في باب الاستئناف قد قرر قواعد خاصة لتقدير نصاب الاستئناف عندما يكون المدعى أو المدعى عليه قد أبدى طلباً عارضاً ، فيضاف إلى قيمة الدعوى الأصلية. إذا كان كل منهما يقوم على سبب قانوني واحد أو لا يضاف إليه إذا لم يقوما على سبب قانوني واحد عملاً بالمادة ٤١ ، فإن كل هذه القواعد وغيرها (٣) لا يجوز ولوجها إذا منع المشرع الطعن في الحكم الصادر في الدعوى الأصلية ، وذلك لأن ارتباط الطلب العارض بالطلب الأصلي هو الذي يقتضي تقرير قاعدة واحدة متناسقة في صدد استئناف الحكم الصادر في كل منهما (٤) .

(١) قارن مرقس رقم ١٣١ ، وراجع كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات من المادة ٥٢ وأنظر في جواز التدخل أمام دائرة المساكن الاسكندرية الابتدائية ١٧ فبراير ١٩٦٢ القضية رقم ١٨٣١ لسنة ٦٢ والاسكندرية الابتدائية في ٢٩ يناير ١٩٦٢ القضية رقم ١٦٩٢ لسنة ٦١ ق .

(٢) التعليق على نصوص قانون المرافعات رقم (٤) من المادة ٥٢ .

(٣) راجع أيضاً المادة ٣٩٨ والمادة ٣٩٩ وما يليها .

(٤) أنظر الطبعة السادسة من كتاب المرافعات رقم ٥٠٧ .

٣٨- الاجراءات الواجبة الاتباع قبل رفع الدعوى وجزاء عدم مراعاتها أو عدم مراعاة الميعاد الواجب انقضاؤه قبل رفعها في قبولها .
يوجب قانون انجار الأماكن في بعض الأحوال اتخاذ اذنارات معينة ، وانقضاء ميعاد يبدأ من تاريخ اتخاذ هذه الاذنارات يجب أن ينقضى قبل رفع الدعوى .

فثلا تنص المادة الثانية من القانون المتقدم على جواز طلب الاخلاء بسبب عدم دفع الأجرة ، وانما تشترط لذلك أن يكون قد تم تكليف المستأجر بالوفاء باعلان على يد محضر أو مخطاب موصى عليه بعلم وصول ، وتجنيز بعدئذ رفع طلب الاخلاء اذا لم يتم المستأجر بالوفاء في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التكليف المتقدم .

والمادة الثالثة من القانون تجيز أيضاً للمؤجر فيما يتعلق بالأماكن المؤجرة للسكنى ، عدا ما يكون منها مؤجراً لمصالح حكومية أو لمجالس المديرية أو المجالس البلدية أو القروية أو بقصد استعماله مدارس أو مستشفيات أو ملاجئ أو مؤسسات خيرية ، أن ينبه على المستأجر بالاخلاء في نهاية المدة اذا كانت هناك ضرورة تلجئه لشغل المكان بنفسه أو بأحد أولاده . ويجوز أن يكون التنبيه بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول . و يعطى المستأجر في هذه الحالة مهلة ستة أشهر أو يمهل المدة الباقية من الاجارة السارية أو التي صار امتدادها أيهما أطول . فاذا عارض المستأجر في الاخلاء أو انقضى على التنبيه خمسة عشر يوماً دون رد جاز للمؤجر رفع الأمر الى القضاء في خلال المدة المعينة في الفقرة السابقة للحصول على حكم بالاخلاء ... الخ .

واذن يشترط في مثل الأحوال المتقدمة لقبول الطلب أن يسبقه الاذنار المقرر ، على أن يصل هذا الاذنار من ذى صفة على ذى صفة ، وأن يكون صحيحاً في ذاته ، وأن ينقضى الميعاد المقرر قبل رفع الطلب ، وهذا الميعاد يبدأ من تاريخ اتخاذ الاجراء ويجب أن ينتهى قبل رفع الدعوى ، ويضاف اليه ميعاد مسافة عملاً بالأصل العام في التشريع .

ويشترط لصحة التكليف أو التنبيه أو الإنذار أن يتضمن بوضوح مطلوب الخصم ، فيبين فيه الأجرة التي تأخر المستأجر عن أدائها مثلا عددا أشهر التخلف عن الدفع ومجموع المطلوب من المستأجر ، أو يبين - إذا كان المؤجر بصدد تنبيهه بالاخلاء - أسباب الضرورة الملجئة للاخلاء والباعث القوي على الطلب حتى يتمكن المستأجر من تكوين رأى ومن اتخاذ موقف له ازاء طلب الاخلاء ، على أساس جديته أو عدم جديته ، فمثلا يجب أن يبين المؤجر أن المقصود من اخلاء المسكن هو تمكين ولده من الإقامة فيه بسبب زواجه مع ذكر اسم الولد ، ودون حاجة الى ذكر رقم وثيقة الزواج (١) والا كان التنبيه باطلا . خاصة وان المشرع يستلزم أن تظل حالة للضرورة قائمة من وقت التنبيه الى وقت صدور الحكم ، فمن ثم يجب أن يتحقق من أن تلك الضرورة كانت قائمة وقت التنبيه ، ولاشك أن شرحها بوضوح في صلب التنبيه يؤكد جديتها (٢) . ولا يلزم تحديد مهلة الاخلاء في التنبيه على اعتبار أن المشرع يتكفل ببيان ذلك في قانون الاجار .

ويشترط القانون أن يتم التكليف أو الإنذار بخطاب موصى عليه بعلم الوصول (٣) ، أو باعلان على يد محضر . وقد حكم بأن قيام المؤجر بتوقيع الحجز التحفظي على منقولات المستأجر وفاء للأجرة المستحقة هو اجراء أقوى من مجرد التكليف بالوفاء ، ومن ثم يعتد به في هذا الصدد (٤) . كما يعتد بأمر الأداء الصادر وفاء للأجرة (٥) .

(١) مصر الابتدائية ٢١ فبراير ١٩٥٧ القضية رقم ٤٦٥٩ لسنة ١٩٥٦ والإسكندرية الابتدائية في ١٥ يناير ١٩٦٢ القضية رقم ٢٠١٠ سنة ٦١ مدنى كل .

(٢) الإسكندرية الابتدائية في ١٠ فبراير ١٩٦٢ القضية رقم ١٩٢ لسنة ٦٢ مدنى كل .

(٣) راجع ما قلناه في صدد اثبات وصول الخطاب الموصى عليه بعلم الوصول في رقم ٢٥

(٤) القاهرة الابتدائية في ١٤ ديسمبر ١٩٥٧ القضية رقم ٢٥٢٥ لسنة ٥٧ ، والإسكندرية الابتدائية في ٥ مارس ١٩٦٢ القضية رقم ٩٧ لسنة ٦٢ في ٢٩ أبريل ١٩٦٢ رقم ٢٤٨ لسنة ٦٢ ، ٢٥ ديسمبر ١٩٦١ القضية رقم ٢٠٥٨ لسنة ٦١

(٥) الإسكندرية الابتدائية في ٣١ مارس ١٩٦٢ القضية رقم ١٥١ لسنة ١٩٦٢ و٢٨ أبريل سنة ١٩٦٢ رقم ٣٤٧ لسنة ٦٢ والإسكندرية الابتدائية في ٢٥ ديسمبر ١٩٦١ القضية رقم ٢٠٥٨ لسنة ٦١

ومن الطبيعي أنه يشترط أن يصدر التكليف أو الانذار من صاحب الصفة في توجيه الدعوى ، وأن يوجه الى صاحب الصفة في رفع الدعوى عليه . وإذا كان التكليف أو الانذار باطلا فإن دعوى الاخلاء تكون غير مقبولة . وقد حكم بأنه اذا وقع التكليف باطلا لتوجهه الى مدعى عليه قاصر ، فحضر الوصى بالجلسة ودفع بطلان التكليف بسبب نقص أهلية المعلن اليه ، وثبتت صحة هذا الدفع ، فإن الدعوى تكون غير مقبولة ، ولا يغير من هذا الموقف أن يكون المدعى قد وجه طلباته الى الوصى الحاضر بالجلسة لأن هذا التوجيه لم يسبقه تكليف صحيح بالوفاء (١).

وإذا أعذر المستأجر لوفاء أجرة مدة معينة فقام بوفاتها ثم تأخر في وفاء أجرة مدة تالية تعين إعادة اعداره قبل رفع دعوى الاخلاء وإلا كانت غير مقبولة (٢)

وإذا وجه المؤجر تكليفاً بالوفاء ثم أقام دعوى مستعجلة لم يقض له فيها بطلباته جاز له بمقتضى ذات هذا التكليف إقامة دعوى موضوعية عملاً بقانون الإيجار . وإنما اذا خصص التكليف بأن ذكر أنه في حالة عدم الوفاء سوف يقيم دعوى مستعجلة بالاخلاء أمام القاضى المستعجل ، فإن مثل هذا هذا التكليف لا يصلح بعدئذ لإقامة الدعوى الموضوعية (٣) .

وإذا تعدد التكليف بالوفاء فإن كل تكليف يجز في ذاته إقامة دعوى الاخلاء بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ حصه له ، ومن ثم تقبل الدعوى ولو حصل تكليف بالوفاء آخر في خلال الخمسة عشر يوماً السابقة على رفعها ، وليس بصحيح ما يقال بأن كل تكليف ينسخ ما قبله ويفسد أثره (٤)

(١) القاهرة الابتدائية ١٤ أبريل ١٩٥٨ رقم ٢٦٢٣ سنة ٥٥ كل مصر .

(٢) القاهرة الابتدائية ٢٦ مارس ١٩٥٣ رقم ٢٧٠٣ لسنة ١٩٥٢ ١٩ مارس ١٩٥٣ رقم ٣٦٠٢ لسنة ٥٢

(٣) القاهرة الابتدائية ٣٠ أكتوبر ١٩٥٤ الخلاء ٣٦ ص ١٣٨١

(٤) قارن القاهرة الابتدائية ٢٦ مايو ١٩٥٦ رقم ١٣٩٩ سنة ١٩٥٦ كل مصر .

ويبطل أثر التكليف بالوفاء اذا قام المستأجر بوفاء الأجرة المطلوبة في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ حصوله . ويتعين أن يتم هذا الوفاء للمؤجر أو لمن يقوم مقامه . ويصح أن يتم بتسليم الأجرة الى المؤجر شخصياً أو أى صاحب صفة في استلامها نيابة عنه ، ويصح أن يتم الوفاء بحوالة بريديّة ، أو بعرضها على المؤجر على يد محضر عملاً بالمادة ٧٨٦ من قانون المرافعات ومايلها .

ولم يحدد المشرع في المادة الثانية من قانون ايجار الأماكن طريقة معينة ليم بها الوفاء ، وكل ما اشترطه هو أن يتم في خلال الخمسة عشر يوماً التالية لحصول التكليف به ، فن ثم يجوز هذا الوفاء بأى طريق بشرط أن يتم في خلال الميعاد المتقدم . ومن ناحية أخرى ، متى أثبت المستأجر أنه قد عرض على المؤجر الأجرة وأنه قد رفضها هذا الأخير فلا يمكن القول بأن المدعى عليه قد تأخر في سداد الأجرة ، فاذا كان الوفاء بطريق الحوالات البريدية لا يقوم مقام العرض الفعلي والابديع الذى جعله القانون طريقاً للوفاء والبراء ، إلا أن المحكمة وهى بسبيل الفصل في دعوى الاختلاء للتأخير في سداد الأجرة انما تستوحى هدف المشرع وحسن النية في المعاملات ، خاصة وأن المشرع يهدف بالتشريع الى التسهيل والتيسير على المتقاضين مادام الهدف هو وصول صاحب الحق الى حقه ، واذا ثبت أن المستأجر قد أرسل الأجرة بحوالة بريديه فانه يكون قد أظهر حسن نية وأنه لا يريد حبس الحق عن صاحبه بل لجأ الى طريق سريع لإبراء ذمته ، وهو طريق درج عليه غالبية الناس حتى أصبح مألوفاً لديهم ، ولا يمكن أن يقال أن مثل هذا المستأجر طالما لم يعرض الأجرة عرضاً فعلياً يكون متأخراً عن الوفاء في حكم القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ (١).

وانما اذا أنكر المؤجر وصول الحوالة اليه وصرفها فلا مفر من أن يثبت المستأجر عن طريق شهادة رسمية من مصلحة البريد حصول الصرف

(١) راجع في هذا المعنى القاهرة الابتدائية ٢٩ مارس ١٩٥٨ رقم ٣٠٧٧ لسنة ١٩٥٧
و ١٥٠ مارس ١٩٥٨ رقم ٧٦٤ لسنة ٥٧ وقارن ١٤ ديسمبر ١٩٥٧ رقم ٢٥٢٥ لسنة ١٩٥٧

الى المؤجر ، وانما كل هذا لا يمنع من اعتبار المستأجر غير ممتنع عن الوفاء متى قدم كعب الحوالة الدال على دفعه للأجرة في خلال الميعاد ، مما لا يجوز معه الحكم عليه بالاخلاء (١) . والعبرة أن تصل الحوالة بالفعل الى المؤجر في خلال الميعاد المتقدم وأن تكون قابلة للصرف في خلال ذلك الميعاد . ويضاف اليه ميعاد مسافة على أساس المسافة بين موطن المستأجر الذي أعلن فيه بالتكليف والمكان الذي يتعين فيه الوفاء طبقاً لاتفاق الطرفين .

ويتجه قضاء المحاكم الى الزام المؤجر برفع دعوى الاخلاء بعد انقضاء الميعاد المتقدم على اعتبار أنه من المواعيد الكاملة التي يجب أن تنقضي قبل رفع الدعوى ، وبحيث اذا رفعت الدعوى في خلاله وجب الحكم بعدم قبولها ولو انقضى الميعاد دون وفاء المستأجر بالأجرة ، لأن الدعوى تكون قد رفعت في وقت تكون فيه غير مقبولة ، والقاعدة أن العبرة بيوم رفع الدعوى لمعرفة ما اذا كانت الدعوى مقبولة أو غير مقبولة .

وإذا كانت القاعدة في فقه المرافعات أنه إذا استكملت الدعوى شروط قبولها بعد رفعها ، فإنها تقبل ولو كانت هذه الشروط لم تتوافر بعد وقت رفعها ، وذلك على اعتبار أن حسن سير العدالة يقتضي ذلك حتى لا يتحمل المدعي مصاريف دعوى جديدة يجوز له أن يرفعها في نفس الوقت الذي يقضى فيه بعدم قبول دعواه ، وعلى اعتبار أن القاعدة التي تقرر أن العبرة بوقت رفع الدعوى لمعرفة ما اذا كانت الدعوى مقبولة أو غير مقبولة لا يجوز الاحتجاج بها ضد المدعي لأنها مقررة لمصلحته حتى لا يضر من تأخير الاجراءات القضائية أو مشاكسة خصمه (٢) ، نقول أنه إذا كان الفقه والقضاء يقرر القاعدة المتقدمة ، الا أن القضاء قد امتنع عن تطبيقها بصدد دعاوى الاجار رعاية للمستأجر ، ولأن في رفع دعوى الاخلاء قبل أن يتحقق تخلف المستأجر عن أداء التزامه على النحو المقرر في قانون اجار

(١) قارن القاهرة الابتدائية في ١٦ فبراير ١٩٤٧ رقم ٣٣٤٢ لسنة ١٩٥٦

(٢) نظرية المصلحة في الدعوى للدكتور الشرقاوي رقم ١٦٠ ص ١٨٠ والحكم الذي أشار اليه ، وراجع أيضاً كتابتنا في المرافعات رقم ٩٨ واستئناف مصر ٢٠ مايو ١٩١٣ مجلة الحقوق السنة ٢٨ ص ٢١٨

الاماكن يعد دليلا على المشاكسة والتحدى . وهذا السبب بعينه هو الذى أدى إلى اعتبار الدفع بعدم القبول المتقدم من النظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها بمجرد التحقق من رفع الدعوى قبل الميعاد (١) .

٣٢ - ليس ثمة ميعاد واجب لرفع الدعوى فى خلاله :

ينص قانون التجار الأماكن فى بعض الأحوال على رفع الدعوى فى خلال فترة تعقب الذنار أو التنبيه ، ومع ذلك يتجه الفقه والقضاء إلى أن القانون لا يستوجب فى واقع الأمر تحديد ميعاد حتمى (ميعاد ناقص) يتعين فى خلاله رفع الدعوى وإلا كانت غير مقبولة . فمثلا تنص المادة الثالثة من القانون على جواز الاخلاء للضرورة على أن ينبه على المستأجر بالاخلاء فى نهاية المدة ويعطى فى هذه الحالة مهلة ستة أشهر أو مهمل المدة الباقية من الاجارة السارية أو التى صار امتدادها أيها أطول . فإذا عارض المستأجر فى الاخلاء أو أنقضى على التنبيه خمسة عشر يوماً دون رد جاز للمؤجر رفع الأمر إلى القضاء فى خلال المدة الميعينة فى الفقرة السابقة للحصول على حكم بالاخلاء ... الخ .

ولقد اتجه رأى فى صدد ما تقدم بوجوب رفع الدعوى فى خلال الميعاد المقرر فى المادة والا كانت الدعوى غير مقبولة (٢) . واتجه رأى الصحيح إلى القول بأن المشرع لم يرتب جزاء عدم قبول الدعوى بسبب تأخير رفعها ، وأنه - أى المشرع لا يقصد فى واقع الأمر من النص المتقدم ألا رعاية مصلحة المستأجر بتحديد المهلة اللازمة له ، بل كلما طال ميعاد رفع الدعوى كلما أفاد المستأجر من الميعاد ، والمشرع فضلا عن كل هذا يمنح المستأجر ميعادا آخر بعد الحكم بالاخلاء (٣) .

(١) القاهرة الابتدائية فى ٢٧ نوفمبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ ص ١٣٨١ والقاهرة الابتدائية فى ٧ يونيو ١٩٥٣ رقم ١٠٨٠ لسنة ١٩٥٣

(٢) القاهرة الابتدائية فى ٤ مارس ١٩٥١ المحاماة ٣١ ص ١٧٢٥

(٣) سليمان مرقص ١٠٤ والقاهرة الابتدائية ٢٨ سبتمبر ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ ص ٦٠٧ و ١٥ يناير ١٩٤٩ المحاماة ٢٨ ص ١٠٨٤ والإسكندرية المختلطة ٥ ديسمبر ١٩٤٦ مجلة التشريع والقضاء ٥٩ ص ٣٥ والقاهرة الابتدائية ٢١ فبراير ١٩٥٧ رقم ٥٦٥٩ سنة ٥٦ كل مصر والإسكندرية الابتدائية أول أبريل ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٣ ص ٥٠٠

و اذن متى وجه المؤجر للمستأجر التنبيه بالاختلاء جاز رفع الدعوى ولو بعد فوات الميعاد المقرر في المادة ٣ دون حاجة إلى ارسال تنبيه جديد إلى المستأجر .

وما قلناه في صدد ما تقدم يقال أيضاً بصدد الميعاد المقرر لرفع دعوى الاختلاء بسبب الرغبة في الهدم (١) .

(١) القاهرة الابتدائية ٢٢ مارس ١٩٥٣ رقم ١٤١١ لسنة ١٩٥٢ و ١٠ مارس ١٩٥٦

رقم ٣٧٦٨ لسنة ١٩٥٤

الفصل الثالث

عدم قابلية الحكم الصادر في منازعات الايجار لأى طعن

٣٣ - الحكم الصادر في نزاع الايجار لا يقبل أى طعن :

تنص المادة ٤/١٥ من قانون ايجار الأماكن على أن الحكم الذى يصدر في النزاع المتعلق به لا يكون قابلا لأى طعن .

وقد قصد النص المتقدم تعجيل حسم الخلافات الناشئة عن أعمال القانون المتقدم ، باختصار درجة من درجات التقاضى فضلا عن اختصاص أى مرحلة أخرى من مراحله بالمعارضة او التماس اعادة النظر أو النقض . ولما تقدم لم يأت النص مقررأ اعتبار الحكم الصادر في المنازعة انهاءً غير قابل للاستئناف فحسب انما جاء مانعا أى طعن بلفظه حتى يصبح النص شاملا الحرمان من أى طعن أيا كان سبب هذا الطعن أو نوعه .

ومن ثم يتمتع الطعن في الحكم بالمعارضة ولو صدر في غيبة الخصم ، ويمتنع الطعن في الحكم بالاستئناف ولو كان باطلا أو مبنياً على اجراءات باطلة (راجع المادة ٣٩٦) ويمتنع الطعن في الحكم بالتماس اعادة النظر ولو صدر بناء على غش أو اعتماد على ورقة قضى بعلته بزيورها... الخ (راجع المادة ٤١٧) ويمتنع الطعن في الحكم بالنقض ولو كان قد أخطأ في تطبيق القانون .

وحتى اذا كان المشرع يحجز الطعن بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية (كما هو الحال عند صدور قانون المرافعات سنة ١٩٤٩ وقبل تعديل المادة ٤٢٥ بما لا يسمح باجازه الطعن فيها بالنقض الا في أحوال خاصة مستثناة (١) ، نقول حتى في الوقت الذى كان يجوز

(١) حلت المادة الأولى من قانون النقض محل المادة ٤٢٥

فيه الطعن بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية قضت محكمة النقض بعدم قبول الطعن في أحكام دائرة المساكن على اعتبار، أن قانون المساكن وهو تشريع خاص تضمن نصاً يعتبر استثناء من القواعد العامة ، وهو نص صريح في اطلاقه ولا يصح تقييده عن طريق الاجتهاد . ورفضت المحكمة ما تمسك به الطاعنون من أن قانون المساكن قد صدر سنة ١٩٤٧ وقت أن كان قانون انشاء محكمة النقض لا يجيز الطعن بالنقض في أحكام المحاكم الابتدائية النهائية ثم صدر قانون المرافعات سنة ١٩٤٩ يجيز هذا الطعن فن ثم يعتبر قانون المرافعات ناسخاً للمادة ١٥ ، ويكون هو الواجب التطبيق - نقول أن محكمة النقض رفضت هذا القول على اعتبار أن قانون المساكن هو وحده الواجب التطبيق ، ويجب الرجوع الى ما نصت عليه المادة ١٥ ، ولا يعتد بنصوص قانون المرافعات في هذا الصدد أيا كانت القاعدة المطبقة فيه ، وبعبارة أخرى ، لولا نص المادة ١٥ لخصم الحكم للقواعد العامة في الطعن (١)

ويمتنع الطعن في الحكم ولو لم يكن المقصود من الطعن تجريجه وإنما مجرد سحبه والتماس اعادة النظر في الموضوع من جديد (٢) Voie de retraction

ويشترط لاعمال النص المتقدم :

١ - أن يرفع النزاع الى محكمة ابتدائية .

٢ - أن يصدر فيه حكم تطبيقاً لقانون ايجار الأماكن .

أما اذا كان الحكم صادراً من محكمة جزئية فانه يقبل الطعن فيه بحكم القواعد العامة ولو كان صادراً في طلب اقتضى اعمال قانون ايجار بصده . واذا كان صادراً من محكمة ابتدائية في منازعة مدنية أخرى نشأت بين

(١) نقض ٢٧ مارس ١٩٥٢ السنة ٣ ص ٦٩٣ ونقض ١٢ يولية سنة ١٩٥٢ السنة ٢ ص ١١٩٧

(٢) المرافعات رقم ٤٨٥

المؤجر والمستأجر خاصة للقواعد العامة فانه يقبل الطعن بحكم القواعد العامة أيضاً (م ١٥/٥ من قانون اجبار الأماكن) . وتملك محكمة الاستئناف بما لها من ولاية ناتجة عن انتقال النزاع اليها في حدود ما رفع عنه الاستئناف من قضاء محكمة الدرجة الأولى ، تملك اعادة نظره ولو اقتضى الأمر لإعمال قانون اجبار الأماكن لأول مرة في الاستئناف . وعندئذ يقبل حكمها الطعن فيه بحكم القواعد العامة .

وإذا كان الحكم صادراً في طلب عارض فانه أيضاً يخضع لحكم القواعد العامة من حيث الطعن فيه ولو كان الحكم في موضوع الدعوى الأصلية غير قابل للطعن تطبيقاً للمادة ١٥ المتقدمة .

وإذا كان الحكم صادراً في مسألة اختصاص أو إحالة فانه يقبل الاستئناف استثناء عملاً بالمادة ٤٠١/٢ ولو كان الموضوع مما يستوجب أعمال قانون المساكن بصده .

وإذا كان الحكم صادراً في مادة مستعجلة فانه أيضاً يقبل الطعن بحكم القواعد العامة سواء أكان صادراً من محكمة الموضوع أم من قاضي الأمور المستعجلة (م ٣٩٥) .

ومنع الطعن في الحكم الصادر في موضوع منازعة تستوجب أعمال قانون اجبار الأماكن يستتبع حتماً منع الطعن في سائر الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع سواء أكانت متصلة بسير الاجراءات (كالحكم الصادر ببطلان صحيفة الدعوى) أم متصلة باثبات الدعوى ، أم كانت صادرة في دفع من الدفع بعدم القبول .

ولما كان المنع يتعلق فقط بالطعن في الحكم الصادر في المنازعة فانه لا يمتنع الاعتراض على الحكم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها عملاً بالمادة ٤٥٠ وما يليها ، لأن هذا الاعتراض لا يعتبر طريقاً من طرق الطعن في الأحكام ، كما لا يمتنع رفع دعوى مبتدأة بطلب انعدام الحكم — لا بطلانه .

ولا يتمتع أيضاً بأى حال من الأحوال أن يطلب من المحكمة التي أصدرت الحكم تفسيره أو تصحيح أخطاء مادية بحته وقعت في منطوقه أو الفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات موضوعية أو الفصل في اشكال موضوعي نشأ عند تنفيذه .

وفيما يلي دراسة تفصيلية لكل ما تقدم :

٣٤ - شروط منع الطعن (١) أن يرفع النزاع الى محكمة ابتدائية :

يجب أن يرفع النزاع الى محكمة ابتدائية بوصفها من محاكم الدرجة الأولى بمعنى أنه اذا رفع النزاع الى محكمة جزئية وقضت فيه باعمال قانون ايجار الأماكن ، فان حكمها على الرغم من ذلك يكون قابلا للاستئناف من ناحية القضاء الضمني باختصاصها .

وبعبارة أخرى ، اذا رفع طلب الى محكمة جزئية ، وكان الأمر يقتضى اعمال قانون ايجار الأماكن بصدده ، ولم يتمسك أحد الخصوم بعدم اختصاصها وهذا الدفع من النظام العام يبدى في أية حالة تكون عليها الاجراءات لأنه يتصل باختصاص نوعي (راجع المادة ١٣٤ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠) ولم تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، فان حكمها الضمني بالاختصاص يقبل الاستئناف مهما تكن قيمة الدعوى عملاً بالمادة ٢/٤٠١ من قانون المرافعات . واذا قضت المحكمة الابتدائية بتأييد الحكم الصادر من المحكمة الجزئية باعمال قانون ايجار الأماكن أو بالفائه ، فان حكمها - في الحالتين يخضع للقواعد العامة ، في الطعن (١) ، ويكون قابلاً للطعن فيه بالتأشير أعادة النظر اذا ما تحقق سبب من الأسباب التي تبرر ولوج هذا الطعن . وذلك لأن حقيقة المقصود من منع الطعن في الحكم الصادر في المنازعة عملاً بالمادة ١٥ هو اختصار مراحل التقاضي ودرجاته بالنسبة الى تلك التي ترفع

(١) وكان مثل هذا الحكم قابلاً للطعن بالنقض عملاً بقانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ ثم النيت بمعدل القاعدة التي كانت تحيز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية ، ومع ذلك يبقى في التشريع أسباب تبرر الطعن فيه بالنقض (راجع ٢ و ٣ من قانون التقاضي) .

اولا الى المحكمة الابتدائية بوصفها من محاكم الدرجة الأولى. ولا يتحقق المنع الا في هذه الصورة وحدها، أما حيث يخطيء الخصوم برفع الدعوى الى محكمة جزئية وحيث تخطيء تلك المحكمة ، فان الضمانات المقررة للخصوم أنفسهم تكون قد انهارت ، ولما كانت قواعد الاختصاص النوعي ما زالت من النظام العام ، ولما كان المشرع ما منع الطعن في الحكم في المنازعة إلا على اعتبار أن تفصل فيه محكمة ابتدائية بصفتها من محاكم الدرجة الأولى فان الحكم الصادر من محكمة جزئية في تطبيق قانون ايجار الأماكن يخضع للقواعد العامة للطعن فاذا ألغته المحكمة الابتدائية فانها لا تفصل في الموضوع (وهي المشكلة بهيئة استئنافية من ثلاثة قضاة) ، وانما تحيل النزاع الى المحكمة الابتدائية لتفصل فيه بوصفها من محاكم الدرجة الأولى ، وعندئذ يكون الحكم الصادر من هذه الأخيرة غير قابل للطعن عملاً بأحكام المادة ١٥ المتقدمة .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا أقام المدعى دعواه بطلب إخلاء المدعى عليه من العين المؤجرة لعدم وفاء الأجرة استناداً الى المادة ٢ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ورفضت المحكمة طلب الإخلاء تأسيساً على أن علاقة الإيجار التي كانت قائمة بين الطرفين قد انتهت بشراء المستأجر للعين المؤجرة فان هذا الذي قرره المحكمة ليس تطبيقاً لأحكام القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ وانما هو وفقاً لقواعد القانون العام^(١). وقضت أيضاً بأنه اذا كان الحكم الصادر في الدفع بعدم اختصاص دائرة المساكن لأن العقد أساس الدعوى ليس في حقيقته عقد ايجار هو حكم صادر في نزاع خارج عن نطاق تطبيق أحكام قانون المساكن ، وكان هذا الحكم وفقاً لما جرى عليه قضاء محكمة النقض قابلاً للطعن فيه بطريق الاستئناف ، فانه لا يجوز الطعن فيه ابتداء بطريق النقض عملاً بالمادة ٤٢٥ قبل الغائها سنة ١٩٥٢ (٢).

(١) نقض ٣٠ نوفمبر ١٩٥٢ لسنة ٤ ص ١٢٥ . وانظر أيضاً نقض ٥ فبراير ١٩٥٣
السنة ٤ ص ٤٥٦
(٢) نقض ٢٤ يونيو ١٩٥٤ السنة ٥ ص ٩٨٧

وإذا رفع النزاع الى محكمة ابتدائية وقضت فيه باعتباره غير خاضع لأحكام قانون ايجار الأماكن ، فانه أيضاً يخضع لحكم القواعد العامة في الطعن فيه عملاً بالفقرة الأخيرة من المادة ١٥ من القانون المتقدم^(١) . وإذا ألفت محكمة الاستئناف ذلك الحكم فإنها تملك بمالها من ولاية ناتجة عن انتقال النزاع اليها في حدود ما رفع عنه الاستئناف من قضاء محكمة الدرجة الأولى - تملك الفصل في الدعوى على مقتضى أحكام قانون ايجار الأماكن وعندئذ يكون حكمها خاضعاً للقواعد العامة من حيث الطعن فيه بالنقض أو التماس اعادة النظر ، وذلك لأن الممنوع من الطعن فيه هو وحده الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية في التطبيق لأحكام قانون ايجار الأماكن على ما قدمناه : (نقض ٢٩ أكتوبر ١٩٥٣ السنة ٥ ص ١١٥) ومن ناحية أخرى ، اذا صدر حكم من المحكمة الابتدائية تطبيقاً لقانون المساكن واستؤنف على اعتبار إن القانون لا يقتضي إعمال هذا التشريع ، وإنما يقتضي إعمال القواعد العامة في ايجار ، وأيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم من ناحية وجوب تطبيق قانون المساكن فإنها لا تملك بعدئذ تناول الموضوع للفصل فيه ولو كانت المحكمة الابتدائية قد أخطأت في تقدير الوقائع أو في تطبيق جزئيات قانون ايجار اذ متى أيدت محكمة الاستئناف حكم المحكمة الابتدائية من ناحية صدوره في نزاع خاضع لقانون ايجار الأماكن وجب على الفور إعمال المادة ١٥ منه التي تمنع الطعن في الحكم الصادر في هذا النزاع^(٢)

٣٥- (٢) أن يصدر في النزاع حكم تطبيقاً لقانون ايجار الأماكن :

ولا يعتد في هذا الصدد بارادة الخصوم وبتكليف المدعى للدعوى أو باعتراض المدعى عليه ، وإنما العبرة بالتكليف الصحيح تطبيقاً لأحكام

(١) استئناف أسبوط في ١٠ فبراير ١٩٥٤ التشريع والقضاء ٦ ص ١٩٨ واستئناف المنصورة في ٢٠ ديسمبر ١٩٥٦ رقم ١٣٦ سة ٨ ق واستئناف القاهرة ٢٣ ديسمبر ١٩٥٢ مجلة قضايا الحكومة السة الأولى ص ١٧٨ واستئناف القاهرة في ٢٠ أبريل ١٩٥٧ مجلة قضايا الحكومة السة الأولى ص ١٨٧ و ٢٠ أبريل ١٩٥٧ ذات المجلة ص ١٨٧

(٢) راجع حكم محكمة استئناف القاهرة في ١٥ مايو سنة ١٩٥٠ المحللة ٣١ ص ٥٥٦

القانون (١)، بمعنى أنه إذا رفع المدعى دعواه الى المحكمة الابتدائية متسماً بأعمال قانون ايجار الأماكن ثم اتضح للمحكمة انها غير خاضعة لأحكام هذا القانون وهي تملك التحقق من تلقاء نفسها في مدى اختصاصها بنظر النزاع اختصاصاً نوعياً لأن هذا الاختصاص متعلقاً بالنظام العام (م ١٣٤ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠) - فانها تملك الحكم من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها اختصاصاً نوعياً، كما تملك عدم تطبيق قانون المساكن واعمال القواعد العامة في الاجار اذا كانت مختصة اختصاصاً نوعياً بنظر النزاع وكان لا يقتضى اعمال ذلك القانون . وهي تملك كل هذا أيضاً من تلقاء نفسها على اعتبار أنه متى رفع النزاع اليها صار من واجبها أن تأخذ عن القانون القاعدة الواجبة التطبيق أخذاً صحيحاً ، ولو لم يشر الطالب الى نص القانون الواجب التطبيق ، وهو لا يلزم بهذا لأن وظيفة المحكمة أن تعمل حكم القانون ولأن هذا يستشف ضمناً من سائر طلبات الخصوم ودفعهم (٢) فلا يلزم أن يذكر المدعى في طلبه وجوب تطبيق قانون ايجار الأماكن ، كما لا يلزم من باب أولى مواد القانون التي يستند اليها ، وانما يكفي أن يذكر مطلوبه والزام خصمه في هذا الصدد (٣) ، ويكون على المحكمة تفسير قانون ايجار الأماكن وتطبيق أحكامه على موضوع الدعوى (٤) .

واذن يبين مما تقدم أن الطلب قد يكون متصلاً باعمال قانون ايجار الأماكن وقد لا يكون ، وفي الحالتين لا يعتد بتكليف المدعى لدعواه أو باعتراض المدعى عليه على هذا التكليف ، بل لا يعتد باغفال المدعى لإعمال القانون الواجب التطبيق . ومن ثم الحكم الصادر في طلب التعويض يكون قابلاً

(١) استئناف مغلط ٢٢ فبراير ١٩٤٩ مجلة التشريع والقضاء ٦١ ص ٥٨ والقاهرة الابتدائية ٢٣ أكتوبر ١٩٥٤ المضافة ٣٦ ص ٩٠٧ وكتاب الأحكام رقم ١٥١ والأحكام المشار اليها .

(٢) نظرية الأحكام رقم ١١٥ والأحكام المدنية المشار اليها وحامد فهمي ومحمد حامد فهمي في الطعن بالنقض رقم ١٣٩ وما يليه .

(٣) راجع نقض فرنسي ٢٧ ابريل ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ ص ٣٤٨ ونقض فرنسي ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٤ دالوز ١٩٣٤ ص ٥٢٣

(٤) استئناف مغلط ٢٢ فبراير ١٩٤٩ مجلة التشريع والقضاء ٦١ ص ٥٨

للطعن اذا كان مبناه اخلال المدعى عليه بالتزاماته الناشئة عن العقد ، ولا يكون قابلاً لأي طعن اذا كان مبناه اخلال الموجر بالتزامات التي يفرضها عليه قانون ايجار الأماكن في صدد الاخلاء للضرورة او للهدم (١).

ويمنع الطعن في الحكم متى كان المطلوب في الدعوى هو احد المسائل التي تناولها قانون ايجار الأماكن ، ولو تطلب الأمر للفصل فيه اعمال قواعد القانون المدني . وبعبارة اخرى ، قد لا يتصور أن تتمكن المحكمة من الفصل في احد الأمور المقررة في قانون ايجار الأماكن دون أن تطبق قواعد القانون بصورة عامة سواء فيما يتصل بأثبات الدعوى أو فيما يتصل بتفسير قواعد القانون ومصطلحاته .

٣٣٦ - نطاق المنع من الطعن - عدم جوازه ولو باتفاق الطرفين بينهما يجوز الزول عن الحكم وتجديد النزاع :

متى توافرت الشروط المتقدمة امتنع الطعن في الحكم الصادر في الدعوى ، سواء بطرق الطعن العادية أو غير العادية ، وسواء من جانب الموجر أو المستأجر ، وسواء توافر سبب عام للطعن أو توافر سبب خاص له .

واذن ممتنع الاستئناف ولو بمقوله ان الحكم باطل أو انه مبني على اجراءات باطلة - وفقاً لما نراه في الفقرة التالية .

ويمنع الطعن بالتأمس إعادة النظر ولو بسبب بناء الحكم على غش أو على ورقة حكم فيها بعد تزويرها (راجع المادة ٤١٧) ، أو بناء على ان الحكم قد قضى بما لم يطلبه الخصم أو أكثر مما طلبه (٢) .

(١) راجع القاهرة الابتدائية ١٠ مارس ١٩٥٦ رقم ١٥٦٠ لسنة ١٩٥٥

(٢) راجع نقض ٢٧ مارس ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ ص ١٤٨٧ ، وقد قضت بوجود أعمال المادة ١٥ من قانون المساكن التي تمنع صراحة أي طعن على وجه الاطلاق ، وأنه متى كان التمس صريحاً على الاخلاء فلا يصح تقييده عن طريق الاجتهاد .

وأنظر أيضاً في تأكيد ما تقدم مصر الابتدائية في ٦ نوفمبر ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ ص ٩١١ وأنظر مصر الابتدائية في ٢٧ فبراير ١٩٥٤ رقم ٧١٧ لسنة ٥٣

وإذا فرض جدلا أن الحكم الصادر من دائرة المساكن لم يلق رضاء وقبولا من جانب كل من المدعى والمدعى عليه — كما إذا صدر محققا بعض ماطلبه المدعى دون البعض الآخر ، فانه مع ذلك لا يقبل أى طعن ولو باتفاق الطرفين ، لأن كل ما اتصل بتحديد الحالات التى يجوز فيها الطعن فى الحكم أو لا يجوز تتعلق بالنظام العام . ويكون على محكمة الدرجة الثانية الحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الاستئناف (١) .

وانما يجوز للمحكوم له أن يتزل عن الحكم الصادر لمصلحته ، فالمادة ٣١٢ من قانون المرافعات تنص على أن الزول عن الحكم يستتبع الزول عن الحق الثابت به . ويجرى الفقه والقضاء على اجازة اتفاق الخصوم على طرح النزاع من جديد على القضاء أو على التحكيم مع تنازل المحكوم له عن التمسك بحجية الحكم ، وذلك لأن حجية الشيء المقضى به لا تتعلق بالنظام العام ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها (م ٤٠٥/٢ مدنى) (٢) .

هذا مع ملاحظة أن ذات المحكمة التى أصدرت حكما فى النزاع ، لا تملك اعادة النظر فيه ، وعليها من تلقاء نفسها أن تحكم بعدم قبول الدعوى بسبب استفاد سلطتها وخروج النزاع من ولايتها (٣) .

٣٧ — عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة بمقتضى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ولو كانت باطلة أو مبنية على اجراءات باطلة :

ذهبت بعض المحاكم الى اجازة استئناف الأحكام الصادرة تطبيقا لقانون ايجار الأماكن متى كانت باطلة أو مبنية على اجراءات باطلة عملا بالمادة ٣٩٦ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، هذا على الرغم من أن المادة ١٥ من ذلك القانون تنص صراحة كما قدمنا على أن الحكم الذى يصدر فى المنازعة لا يكون قابلا لأى طعن . وقالت تلك الأحكام لحمل

(١) كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثانى عن المادة ٣٧٧ وما يليها .

(٢) انظر كتاب التعليق الجزء الثانى عن المادة ٣١٢

(٣) راجع التعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثانى رقم (٢) عن المادة ٣٤٤

قضائها المتقدم - قالت أنه اذا كان الحكم الذى لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف طبقاً للقاعدة العامة التى تحدد نصاب الاستئناف يجوز استئنافه اذا شابه بطلان فن باب أولى يجوز استئناف هذا الحكم اذا صدر فى موضوع يقبل الاستئناف طبقاً للقواعد العامة وإنما منع المشرع استئنافه استثناء من القواعد العامة وقالت أيضاً أن الالتجاء الى طريق الاستئناف فى هذه الحالة هو الوسيلة الوحيدة لتنظيم المحكوم عليه من حكم باطل (١) .

ويقول البعض فى تأكيد ما تقدم أن نص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على عدم جواز الطعن فى الأحكام الصادرة فى دعاوى الإيجار ، نص عام يمنع الاستئناف فى هذه الدعاوى أياً كان سببه ، فهو لا يجوز دون تطبيق قاعدة خاصة بحالة الاستئناف - المبني على بطلان الحكم أو بطلان الاجراءات التى بنى عليها الحكم ، وهى القاعدة التى نصت عليها المادة ٣٩٦ مرافعات .

ويقرر أن مبنى البطلان فى الأحكام المتقدمة هو عدم اتباع الاجراءات التى رسمها القانون المذكور لرفع الدعوى أو عدم اتباع الاجراءات التى أوجب القانون اتباعها قبل رفع الدعوى كالتنبيه على المستأجر بالوفاء بالطريقة التى نص عليها القانون (٢) والواقع أن وقوع بطلان فى الحكم أو فى الاجراءات أثر فى الحكم لا يمنع الخطر الوارد فى المادة ١٥/٤ من القانون المتقدم من حيث عدم قابلية الحكم لأى طعن ، ذلك لأن القانون المذكور إنما هو تشريع خاص تضمنت نصوصه قواعد تعتبر استثناء من أحكام قانون المرافعات فلا سبيل الى استثناء أى حكم منها الا بتشريع خاص يتضمن هذا الاستثناء ، أما النص العام فلا يمكن أن يلغى ضمناً النص الوارد فى قانون خاص .

(١) استئناف القاهرة ٦ فبراير ١٩٦٠ القضية رقم ١٤٠٠ سنة ٧٦ ق واستئناف القاهرة ٢٦ يناير ١٩٥٧ و ٢٣ فبراير ١٩٥٧ و ٢٠ أبريل ١٩٥٧ و ١٢ مايو ١٩٥٧ وهى منشورة بمجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الأولى العدد الثالث ص ١٨٢ وما يليها .

(٢) رمزى سيف الوسيط رقم ٦٥٩ ص ٨٤٠

ولا يصح القول بأن نص المادة ١٥/٤ من قانون المساكن المتقدم هو النص العام ، وأن نص المادة ٣٩٦ هو النص الخاص في هذا الصدد ، لأن نصوص قانون المرافعات في الطعن في الأحكام تعد كلها من النصوص العامة في الاجراءات ، بينما قانون المساكن لا يتضمن الا نصوصا خاصة قصد بها المشرع تحقيق مصالح معينة من بينها حسم الخلافات في درجة واحدة من درجات التقاضي .

واذا كان النقد الفقهي الموجه الى القاعدة المتقدمة شديدا فانه مع ذلك لا يمكن أن يرقى ويرفع الى قدر المساس بها . واني لاتساءل اذا شاء المشرع أن يمنع أى طعن في حكم ما فهل من المتصور أن يختار غير العبارة التي ذكرها في المادة ١٥/٤ من القانون المتقدم .

واذن ، يتمتع الطعن في الحكم الصادر في منازعات المساكن لأن المشرع قد منع الطعن بلفظه . وانما اذا لم يمنع المشرع الطعن بلفظه واكتفى باعتبار الحكم الصادر في الدعوى انتهائياً فكان من الجائز التحدى بنص المادة ٣٩٦ على اعتبار أنه انما يقرر استثناء من الأصل العام في التشريع ، وعلى اعتبار أنه يعمل بهذا الاستثناء متى كان الحكم انتهائياً سواء بسبب قيمة الدعوى أو بسبب نوعها . ومع ذلك يظل هذا النص محتفظاً بوصفه نصاً عاماً يقرر استثناء من القاعدة العامة في التشريع كلما كان هناك بطلان في الحكم أو في الاجراءات أثر فيه ، ولا يعمل به بأى حال من الأحوال متى منع المشرع الطعن بلفظه بل لا يعمل به اذا ورد هذا المنع في ذات قانون المرافعات (١)

ولقد رأينا (٢) أن محكمة النقض قضت بعدم قبول الطعن بالنقض في حكم دائرة المساكن في وقت كان فيه الطعن بالنقض مقبولا بالنسبة الى

(١) راجع في تأييد رأى هذا الرأى استئناف القاهرة في ١٧ مايو ١٩٦٠ رقم ٢٢٣ س٧٧ق واستئناف القاهرة في ٨ مارس ١٩٦٠ المجموعة الرسمية السنة ٥٩ ص ١٨٣ واستئناف القاهرة في ٢٦ يناير ١٩٦٠ المجموعة الرسمية السنة ٥٩ ص ١٠٥
(٢) في رقم ٣٣ وأحكام النقض المشار اليها .

الاحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية تطبيقا المادة ٤٢٥ قبل تعديلها (١) واستندت محكمتنا العليا في هذا الصدد الى نص المادة ١٥ من قانون المساكن مقرره أنه هو وحده الواجب التطبيق ، أيا كانت القاعدة المقررة في التشريع بالنسبة لجواز الطعن في الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية ، وذلك لأنه نص مانع لا يصح تقييده من طريق الاجتهاد .

ويستوى الطعن بالاستئناف (استثناء بحكم المادة ٣٩٦) مع الطعن بالنقض ، فيما نحن بصدد ، وفي أنه متى نص المشرع على منع الطعن في حكم ما فان هذا المنع يسرى في جميع الأحوال ولو كانت القاعدة أن مثل هذا الحكم لو صدر في موضوع آخر ومن ذات المحكمة التي أصدرته فان الطعن فيه يكون مقبولا شكلا ، أو كانت القاعدة أنه اذا توافر سبب ما كان الطعن في الحكم مقبولا ، ذلك لأن المشرع قد منع الطعن بلفظه ، وهذه القاعدة تسرى في جميع الأحوال .

على أن ما تقدم لا يخل بحق الخصم في طلب انعدام الحكم اذا فقد ركنا من أركانه الأساسية وعندئذ يفقد صفته كحكم (٢) ، وفقا لما سوف نراه .

كل هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى اذا أوجب القانون التنبيه على المستأجر بالوفاء بالطريقة التي رسمها المشرع لذلك وامتنع المؤجر عن اتباع ذلك قبل رفع الدعوى ، أو رفعها دون احترام الميعاد الواجب انقضاؤه بين التنبيه ورفع الدعوى ، فان دعواه تكون غير مقبولة ، كما قدمنا ، وانما لا تعد اجراءاتها باطلة ، ومن ثم لا يتصور ثمة مجال في هذا الصدد لاعمال المادة ٣٩٦ (٣)

(١) حلت المادة الأولى من قانون النقض محل المادة ٤٢٥

(٢) راجع كتاب نظرية الأحكام رقم ١٣٦

(٣) قانون رمزي سيف المرجع السابق .

ومثال ما تقدم أن المدعى عليه في دعوى الحيابة ممنوع من المطالبة بالحق ما لم ينزل عن الحيابة لخصمه (م ٤٨ مرافعات) ، فتكون دعواه غير مقبولة ما لم ينزل عن الحيابة لخصمه ولكن لا تكون اجراءاتها باطلة . والمادة ٥٦٥ و ٥٦٦ في حجز ما للمدين لدى الغير توجب اتخاذ اجراء ما قبل رفع الدعوى والا كانت غير مقبولة وانما لا تكون اجراءاتها باطلة في هذا الصدد . وإذا رفعت دعوى للمطالبة بدين تتوافر فيه شروط استصدار امر الأداء فانها تكون غير مقبولة ولا تكون اجراءاتها باطلة .. الخ ..

٣٨ - يمتد منع الطعن الى سائر الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع (الفرعية) سواء أكانت متعلقة بسير الاجراءات أم متصلة باثبات الدعوى أم كانت صادرة في دفع من الدفع بعدم القبول :

لما كانت المادة ٤٠١ تنص على أن جميع الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى يراعى في تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى ، فإن سائر الأحكام الفرعية الصادرة في منازعات ايجار الأماكن تطبيقاً للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ لا تقبل الاستئناف . بل بعبارة أعم إذا منع المشرع الطعن بأي طريق في حكم ما امتنع الطعن في سائر الأحكام الفرعية ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك (١) ، لأن المصلحة في الطعن في الحكم الفرعى لا تتحقق إلا إذا كان من مقتضى الغاء الحكم الفرعى الغاء الحكم الموضوعى المبني عليه ، وما دام القانون يمنع الطعن في الحكم الموضوعى بأي طريق فيكون من الطبيعى أيضاً منع الطعن في الأحكام الفرعية الصادرة في القضية .

وتطبق القاعدة المتقدمة بالنسبة لسائر الأحكام الفرعية سواء أكانت قطعية أم غير قطعية ، وسواء أكانت صادرة لمصلحة المؤجر أم المستأجر ، وسواء أكانت متصلة بسير الاجراءات كالحكم ببطلان ورقة التكليف

(١) المرافعات رقم ٤٥٨ ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثانى عن المادة ٣٧٨

بالحضور (١) أو باعتبار الخصومة كأن لم تكن (٢) أو بسقوطها (٣) أو بالاعتداد بتركها (٤) أو بوقف السير فيها (٥) أو بانقطاعها (٦) أو بانقضائها بالتقادم (٧) أم كانت متصلة باثبات الدعوى كالحكم بجواز اثبات وقائع معينة بشهادة الشهود أو عدم جوازه أو كالحكم بإحالة الدعوى على التحقيق أو بتدب خبير أو بتوجيه الميمين الحاسمة أو المتممة .

ويمتنع الطعن في سائر الأحكام المتقدمة ولو كانت المحكمة التي أصدرت الحكم قد أخطأت فعلاً في تطبيق القانون ، بل ولو اتفق الخصوم على الطعن في الحكم صراحة . ففى كل هذه الأحوال يتعين على محكمة الطعن أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبوله لأنه من القواعد الأساسية في التشريع أنه لا يجوز ولوج أى طريق من طرق الطعن الا في الأحوال التي نص عليها المشرع ، وهذه القاعدة من النظام العام ، وقد قصد بها استقرار الحقوق (٨)

(١) أنظر في هذا المعنى نقض ٢٤ يونيو ١٩٥٤ السنة ٥ ص ٩٨٧ ونقض ٢٤ فبراير ١٩٥٥ لسنة ٦ ص ٧٢٢

(٢) تعتبر الدعوى كأن لم تكن اذا ظلت مشطوبة ستة أشهر عملاً بالمادة ٩١ أو اذا تخلف المدعى عليه عن الحضور في الجلسة الأولى ثم أعلن بواسطة خصمه للحضور الى جلسة تالية تخلف فيها أيضاً عن الحضور ، فهنا يكون للمدعى عليه طلب الحكم في الموضوع أو طلب اعتبار الدعوى كأن لم تكن - مادة ٩٣ . كما يصح الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن عملاً بالمادة ١٠٩

(٣) تسقط الخصومة عملاً بالمادة ٣٠١ اذا وقف السير فيها بفعل المدعى أو امتناعه مدة ستة .

(٤) يحكم بترك الخصومة اذا نزل عنها المدعى عملاً بالمادة ٣٠٨ وما يليها أو اذا اتفق طرفاها على وقف السير فيها مدة لا تتجاوز ستة أشهر ثم لم يعمل المدعى دعوته في ثمانية الأيام التالية لانقضاء مدة الوقف عملاً بالمادة ٣٩٢

(٥) يجوز الحكم بوقف الخصومة عملاً بالمادة ٢٩٣ أو المادة ٢٩٢ أو المادة ١٠٩

(٦) تنقطع الخصومة عملاً بالمادة ٢٩٤ لقيام سبب أسباب الوقف التي وردت في تلك المادة على سبيل الحصر .

(٧) تنقضي الخصومة بالتقادم اذا وقف السير فيها مدة خمس سنوات .

(٨) المرافعات رقم ٤٩١ م ، والتطبيق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثاني باب الطعن في الأحكام .

وما قلناه بصدد الأحكام الفرعية المتعلقة بسير الإجراءات أو اثبات الدعوى يقال أيضاً بالنسبة للأحكام الصادرة في الدفع بعدم قبول الدعوى ، سواء صدرت بقبول الدعوى أو عدم قبولها ، أو صدرت بعدم قبول الدفع وسواء أكان الدفع متصلاً بالنظام العام أم غير متصل به هذا ولو أخطأت المحكمة بالفعل في تطبيق القانون عند الحكم بقبول الدعوى أو بعدم قبولها . وتسرى القاعدة المتقدمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الميعاد^(١) أو بسبب عدم اتخاذ الاجراء السابق على رفعها والمطلوب بمقتضى قانون إيجار الأماكن كما تسرى عند الحكم برفض الدفع بعدم قبول الدعوى إذا كان الدفع مبناه انتفاء الصفة المطلوبة في رافع الدعوى أو في المرفوعة عليه أو انتفاء المصلحة القائمة الحالة أو المصلحة القانونية .

ويدق الأمر إذا صدر الحكم بعدم القبول دون الاستناد على وجه الإطلاق الى قانون إيجار الأماكن ، فهنا لا يتصور أن يعقبه حكم موضوعي بالتطبيق الى ذلك القانون ، ومن ثم يكون الحكم بعدم القبول الذى انتهى الخصومة أمام المحكمة قابلاً للطعن بحكم القواعد العامة ، كالحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها ممن لا يمت الى النزاع بأية صلة .

ويلاحظ بداية أن الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول هو من الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع (الفرعية) ^(٢)

٣٩- جواز الطعن في الحكم الصادر في مسائل الاختصاص والاحالة :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٠١ على جواز استئناف الاحكام الصادرة في مسائل الاختصاص والاحالة مهما تكن قيمة الدعوى ، وعلى الرغم من أن مفهوم هذا النص يستشف منه أن مجال الاستثناء فيها عندما يكون المشرع قد منع استئناف الحكم في الموضوع نظراً لقيمته ، وليس

(١) نقض ١٢ فبراير ١٩٥٣ السنة ٤ ص ٤٨٢

(٢) راجع المذكرة التفسيرية عن المادة ٣٧٨ ، وكتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثاني عن المادة ٣٧٨

نظراً لنوعه الا ان الفقه والقضاء قد جرى على تطبيق النص في كل الأحوال ،
وعلة ذلك أن المشرع ما أجاز استئناف الأحكام الصادرة في مسائل الاختصاص
والاحالة بصفة استثنائية الا تأسيساً على أنها مسائل دقيقة ينشعب الرأي
بعصدها مما يستوجب أن يكون للخصوم دائماً فرصة استئناف الحكم الصادر
فيها ، وهذه الحكمة تتوافر في جميع الأحوال سواء أكان الحكم في الموضوع
لا يقبل الاستئناف نظراً لقيمته أم نظراً لنوعه ، وبعبارة أخرى منع استئناف
حكم في موضوع ما نظراً لنوعه ، لا يمنع من توافر علته وحكمة استئناف
الحكم الصادر في مسألة الاختصاص أو الاحالة قبل نظر ذلك الموضوع (١)
ومن ثم يجوز - في جميع الأحوال ومهما تكن قيمة الدعوى - الطعن في الحكم
الصادر باختصاص دائرة المساكن بنظر الدعوى أو بعدم اختصاصها بنظره ،
كما يجوز الطعن في الحكم الصادر باحالة النزاع الى محكمة أخرى أو رفض
هذه الاحالة (٢) .

وجدير بالذكر أن الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع بعدم الاختصاص
أو بالاحالة يقبل الطعن المباشر (أى فور صدوره) عملاً بالمادة ٣٧٨ ،
لأنه ينهى الخصومة أمام المحكمة التي أصدرت الحكم ، بينما الحكم الصادر
برفض الدفع بعدم الاختصاص أو الاحالة أو عدم قبول الدفع لا يترتب
عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة التي أصدرته ومن ثم لا يقبل الطعن
الا بعد صدور الحكم في الموضوع (٣)

هذا ويلاحظ كما قلنا (٤) أنه إذا رفع نزاع الى المحكمة الابتدائية
وفصلت فيه على اعتبار أنه لا يخضع لقانون إيجار الأماكن ، ثم طعن
في الحكم الصادر فيه بالاستئناف وقضت محكمة الاستئناف بأنه خاضع

(١) كتاب نظرية الأحكام رقم ٢٢٥ ونقض ١٠ مارس ١٩٥٥ القضية رقم ٣١٦ سنة ٢١ ق

(٢) نقض ٢٤ يونيو ١٩٥٤ السنة ٥ ص ٩٨٧ ونقض ٣ يناير ١٩٥٢ المحاماة ٣٢ ص ٨٤٧

واستئناف القاهرة ٨ مايو ١٩٤٩ المحاماة ٣٢ ص ٨٥١ . ونقض ٢٩ أكتوبر ١٩٥٢ السنة ٥
ص ١١٥

(٣) راجع كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثاني عن المادة ٢٧٨

(٤) في الفقرة رقم ٣٤

لذلك القانون والفت الحكم الابتدائي فانها تملك نظر الموضوع من جديد ،
وعندئذ يكون حكمها خاضعاً للقواعد العامة من حيث الطعن فيه بالنقض
أو بالتأاس اعادة النظر (١)

٤٠- جواز الطعن في الحكم المستعجل ولو كان صادراً من دائرة
المساكن :

قلنا عند دراسة اختصاص القضاء المستعجل في صدد دعاوى الإيجار
أنه اذا خص المشرع محكمة معينة بالفصل في دعاوى معينة فان اختصاص
القضاء المستعجل لا يسلب في هذا الصدد ، وحددنا نطاق اختصاص
ذلك القضاء (٢) ، ونضيف أن اختصاص القضاء المستعجل بما يخص به
لا يسلب اختصاص محكمة الموضوع من نظر المسائل المستعجلة المتعلقة
به ، اذا رفعت اليها بطريق التبعية وذلك عملاً بالمادة ٤٩ من قانون المرافعات
ولا يصح في هذا الصدد التحدى بعدم اختصاص دائرة المساكن على اعتبار
أن الاجراءات المتبعة أمامها بطبيعتها مستعجلة ، وذلك لأن اختصاصها
بالمسائل المستعجلة المنفردة عن النزاع الأصلي والمرفوعة اليها بطريق التبعية
هو اختصاص ثابت لها بمقتضى القواعد العامة (م ٤٩ وم ٥٢ مرافعات)
ولا يمس على وجه الاطلاق قانون إيجار الأماكن ولا يعطل نصوصه .

ومنى كان الأمر على هذا النحو فان الحكم المستعجل الصادر من دائرة
المساكن يقبل الاستئناف في جميع الأحوال عملاً بالمادة ٣٩٥ التي تنص على
على جواز استئناف الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة
التي أصدرتها مع عدم الاخلال بما نص عليه في الفقرة الأولى من المادة ٣٩ .

ولما كان لموضوع الطلب المستعجل كيان مستقل عن النزاع الأصلي
فان الحكم الصادر فيه يقبل الطعن المباشر عملاً بالمادة ٣٧٨ من قانون
المرافعات .

(١) نقض ٢٩ أكتوبر ١٩٥٣ السنة ٥ ص ١١٥

(٢) راجع الفقرة رقم ١٧ وما يليها .

٤٩ - جواز الطعن في الحكم الصادر في الطلبات العارضة ولو كان الحكم الصادر في النزاع الأصلي مما لا يقبل أى طعن :

قدمنا أن اختصاص دائرة المساكن بما نص عليه قانون الأيجار لا يسلب المحكمة الاختصاص بنظر الطلبات العارضة ولو لم تتعلق بأعمال ذلك القانون متى كان يجوز الادلاء بها وكانت المحكمة مختصة بها اختصاصاً نوعياً (راجع المادة ٥٢) .

ولما كان المشرع لم يمنع الطعن الا في الحكم الصادر بالتطبيق الى قانون الأيجار ، فان الحكم الصادر في تلك الطلبات العارضة يقبل عملاً بالتواعد العامة شأنه شأن أى نزاع يرفع بصورة أصلية ولا يتعلق بقانون الأيجار ولو كان متصلاً بحالة من حالات الأيجار في غير ما نص عليه هذا القانون (راجع الفقرة الأخيرة من المادة ١٥) (١) .

وينحصر الطلب العارض من ناحية تقدير نصاب استئناف الحكم الصادر فيه لقيمته هو دون اعتداد بقيمة الدعوى الأصلية اذ يعد من هذه الناحية مستقلاً تمام الاستقلال عن تلك الدعوى (٢)

٤٢ - جواز الطعن بالنقض في حكم دائرة المساكن اذا صدر على خلاف حكم سابق فصل في ذات النزاع بين نفس الخصوم عملاً بالمادة ٣ من قانون النقض - عدم جواز الاستئناف بالمادة ٣٩٧ :

قضت محكمة النقض بحق بأنه وإن كانت أحكام دائرة المساكن غير قابلة لأى طعن ، الا أنه اذا صدر حكم منها تطبيقاً للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ خلاف الحكم سابق صدر في نفس الموضوع وبين الخصوم انفسهم وحاز قوة الشيء المقضى به سواء أُدفع بهذا الدفع أم لم يدفع ، فإنه يجوز الطعن بالنقض في ذلك الحكم عملاً بالمادة ٤٢٦ (التى حلت محلها المادة ٣ من قانون النقض)

(١) راجع الأحكام المنبيلة المشار إليها في الفقرة رقم ٣٤
(٢) راجع ما قلناه تفصيلاً في رقم ٣٠ والمراجع المشار إليها .

وهي تجزئ الطعن بالنقض في أى حكم انتهائى - أيا كانت المحكمة التى أصدرته - فصل فى نزاع خلافاً للحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشيء المحكوم به سواء أُدفع بهذا أم لم يدفع - كل هذا بشرط أن يكون الطعن مقصوراً على خطأ الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها بحكم صادر فى دعوى كانت قائمة بين نفس الخصوم ، فإعمالاً للنص المتقدم المطلق يلزم سريانه ولو كان الحكم المطعون فيه صادراً من محكمة ابتدائية بالتطبيق للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ (١) . والطعن المتقدم لا يمس عن قريب أو عن بعيد النص فى قانون الأماكن ، وإنما قصد به مجرد تفادى الأحكام المتناقضة الصادرة فى موضوع واحد بين نفس الخصوم ، دون الطعن فى ذات قضاء الحكم الموضوعى وإنما لا يجوز استئناف حكم دائرة المساكن إعمالاً للمادة ٣٩٧ التى تجزئ استئناف جميع الأحكام الصادرة فى حدود النصاب الانتهائى اذا كان الحكم صادراً على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الشيء المحكوم به ، وذلك لأن حكم دائرة المساكن لا يتصور أن يصدر على خلاف حكم آخر من دائرة المساكن لم يحز قوة الشيء المحكوم به ، لأن هذا الأخير يصدر دائماً حائزاً لقوة الشيء المحكوم به - فهو لا يقبل أى طعن .

٤٣- جواز الاعتراض على ذات الحكم الصادر من دائرة المساكن بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها عملاً بالمادة ٤٥٠ ومايلها :

لما كان الاعتراض على الحكم ممن يعتبر الحكم حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فى الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم بشرط غش من كان مثله أو تواطئه أو إهماله الحسم لا يعتبر من قبيل الطعن فى الحكم ، وإنما هو تظلم من نوع خاص ، ولهذا أفرد القانون له باباً مستقلاً عن الباب المتعلق بالطعن فى الأحكام - هو الباب السابع عشر ، ولقد وضحت المذكرة التفسيرية للقانون ذلك. صراحة ، وقالت أن الغرض المقصود من الاعتراض هو مجرد دفع الضرر الذى يصيب المعارض من حكم لا حجية له عليه ولا يمتد أثره إليه قانوناً ، لما كان كل هذا وكانت المادة

(١) نقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ السنة ٤ ص ٧٨١

١٥ من قانون المساكن لا تمنع إلا الطعن بأى طريق فى الحكم الصادر فى المنازعة فإنه لا مفر من اجازته اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها ولو كانت متصلة بأعمال قانون إيجار الأماكن مع مراعاة سائر الأوضاع والإجراءات المقررة فى المادة ٤٥٠ وما يليها ، ومع مراعاة جواز الاعتراض على الأحكام الفرعية الصادرة قبله (١) .

٤٤- جواز الادلاء بطلب تفسير حكم دائرة المساكن أو تصحيح ما وقع فى منطوقه من أخطاء مادية بحجة أو حسابية أو الفصل فيما أغفلت الدائرة الفصل فيه من طلبات موضوعية (عملاً بالمادة ٣٦٤ ومايلها) :

منع أى طعن فى الحكم الصادر من دائرة المساكن لا يمنع الادلاء بطلب تفسير الحكم أو تصحيح ما وقع فى منطوقه من أخطاء مادية بحجة أو حسابية أو الفصل فيما أغفلت الدائرة الفصل فيه من طلبات موضوعية بشرط أن يكون الاغفال اغفالاً كلياً والطلب طلباً موضوعياً (٢) .

٤٥- جواز الادلاء بطلب انعدام حكم دائرة المساكن دون الادلاء بطلب بطلانه :

فما لا شك فيه أنه متى صدر حكم وأغلق كل سبيل للطعن فيه ، فلا يجوز أن ترفع بصده دعوى مبتدأة بطلب بطلانه ، كذلك لا يجوز رفع تلك الدعوى المبتدأة -من باب أولى- متى منع المشرع الطعن فى الحكم بأى طريق من طرقه ، وذلك حتى تستقر الحقوق لدى أصحابها ، ولأنه متى انقضت مواعيد الطعن (أو كان غير قابل له من الأصل) عد فى نظر المشرع عنواناً للحقيقة والصحة وأغلق كل سبيل لاعادة النظر فيه . وإذا كان المشرع يمنع الطعن فى الحكم بطرق الطعن التى ترفع فى مواعيد مقررة وبطرق وإجراءات خاصة فإنه من باب أولى يمتنع رفع دعوى مبتدأة بطلب بطلان

(١) أنظر فى تفصيل كل هذا كتاب التطبيق على نصوص المرافعات الجزء الثانى عن المادة ٤٥٠ وما يليها .

(٢) راجع ما قلناه تفصيلاً فى رقم ١١ وما يليه .

الحكم ، وذلك البطالان شأن أى عيب يعثرى الحكم — كالحطأ فى تطبيق القانون مثلاً — يخلق بصدد سبيل التصحيح حرصاً على تلك القاعدة الأساسية المتقدمة الإشارة إليها .

ولقد عز على القضاء المصرى — فى بعض الصور — أن يصدر أحكاماً تجافى العدالة فأهله مبادئ أساسية مضحياً بها مقابل صيانة العدالة على وجهها الأكمل . ومن أمثله ذلك ما أصدرته بعض المحاكم من أحكام تجيز رفع دعوى مبتدأة بطلب بطلان الحكم الذى يصدر انتهائياً ، غير قابل لأى طعن ، مقرر أنه لا محل مطلقاً للقول بأن دعوى البطلان الأصلية لا ترفع أمام دائرة الإيجار بحجة أنها قد استنفدت ولايتها بالحكم فى الموضوع وهو غير قابل لأى طعن طبقاً لقانون الإيجار ، وأنه لا مجال مطلقاً لهذا القول لأن صدور الحكم الذى تستند به هذه المحكمة ولايتها يشترط فيه صحة الاجراءات المتبعة فيه من وجهة نظرها ، فضلاً عن أن موضوع دعوى البطلان يختلف عن موضوع النزاع الأصل الصادر فيه الحكم المطعون فيه ، هو ما لم ينص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على تحريم نظره (١) .

ومع ذلك حكم بعدئذ بأنه اذا كان الطعن فى الحكم غير جائز فلا وسيلة عندئذ للتخلص منه ، ولو كان باطلاً لعيب شكلى فيه يتعلق باصداره أو تحريره أو تشكيل المحكمة التى أصدرته أو فى البيانات الواجب ذكرها فيه أو كان مبنياً على اجراء باطل لم يسقط الحق فى التمسك ببطلانه . ففى كل هذه الصور لا تقبل دعوى البطلان أصلياً متى امتنع الطعن فى الحكم كلية بنص القانون ، ويبقى بعدئذ الحكم بمنجى من أى طعن أو سحب أو القاء ، ولا يجوز التعلل والتحدى بالحطأ الذى تقع فيه بعض الأحكام والذى يكون وليد غش أو تزوير لأنه مهما تكن أهمية البواغى العادلة التى قد تدعو الى تعديل وتصويب تلك الأحكام ، فإن المصلحة العامة التى ابتناهاها المشرع بتقرير مبدأ عدم جواز الطعن تقتضى تضحية المصالح

(١) القاهرة الابتدائية فى ٢٣ فبراير ١٩٥٣ المحاماة ٣٣ ص ١٣٠٠

الخاصة من حالات نادرة الوقوع كى تستقر الحقوق والمراكز القانونية وهذه تعلق عن تلك المصالح الخاصة (١) .

وبعدئذ جاءت ذات المحكمة مقررة التفرقة بين الأحكام الباطلة والأحكام المعدومة وأجازت التمسك بانعدام الحكم دون بطلانه (٢) وهذا هو الاتجاه الصحيح فى هذا الصدد . فالمعدوم لا تلحقه حصانة ، ولا يزول عنه عيبه بفوات ميعاد الطعن فيه ، ولا يغلط أى سبيل للطعن فيه وإذا كان المشرع فى قانون إيجار الأماكن يمنع الطعن بأى طريق فى الحكم الصادر فى المنازعة ، فإن الأمر حتماً يختلف إذا لم يتصور ثمة حكم فى المنازعة فرفع الدعوى بانعدام الحكم لا تمس على وجه الإطلاق القاعدة المقررة فى المادة ١٥ من القانون المتقدم ، ولا تمس القاعدة الأساسية التى تقر عدم جواز التظلم من الأحكام بدعوى مبتدأ لأنه لا يتصور ثمة حكم ، ولا يتصور وجود حق يجب له الحماية والرعاية ويجب له الاستقرار .

واذن من الأهمية التفرقة بين العيب المبطل للحكم والعيب المعدم له ، فالأول لا يبرر رفع الدعوى المبتدأ بالبطلان بينما العيب الثانى يبرر ذلك .

وحالات الانعدام هى أعنف من حالات البطلان ، وأعمق فى الخروج على القانون ، وكثيراً ما تدق التفرقة بينهما ، وتظهر أهميتها فى أن الحكم الباطل يعد قائماً مرتباً كل آثاره القانونية الى أن يحكم ببطلانه بولوج طرق الطعن فى الأحكام المقررة فى التشريع ، أما الحكم المعدوم فهو والعدم سواء ولا يرتب أى أثر قانونى ويجوز انكاره عند التمسك بما اشتمل عليه من قضاء ، وإن كان الأمر يقتضى عملاً فى كثير من الأحوال رفع دعوى مبتدأ بطلب انعدام الحكم حتى يتحلل صاحب المصلحة من الاجراء المهدد به . ولا تزول حالة انعدام الحكم بالرد عليه بما يدل على اعتباره صحيحاً أو بالقيام بعمل أو اجراء باعتباره كذلك (راجع المادة ٢٦ مرافعات) . أما حالة بطلان

(١) القاهرة الابتدائية فى ٦ نوفمبر ١٩٥٤ الحاملة ٣٦ ص ٩١١

(٢) القاهرة الابتدائية فى ١٧ نوفمبر ١٩٥٦ رقم ١٣٩٥ لسنة ١٩٥٦ كل مصر .

الحكم فانها تزول بالرد عليه بما يدل على اعتباره صحيحاً شأنها شأن أية حالة أخرى من حالات البطلان .

وبالطلان المتصل بالنظام العام لا يعدم الحكم ولا يفقده كيانه (١) .

ولما كان للحكم أركان أساسية ثلاثة هي (١) أن يصدر من محكمة تنعج جهة قضائية (٢) وأن يصدر بمألفها من سلطة قضائية - أى فى خصومة ، (٣) وأن يكون مكتوباً شأنه أية ورقة من أوراق المرافعات ، فإن الحكم يفقد صفته كحكم اذا فقد أى ركن من هذه الأركان الثلاثة ، وتزول عنه كل حصانة ويكون من الجائز التمسك بانعدامه عن طريق رفع دعوى مبتدأة ولو كان صادراً تطبيقاً لقانون المساكن .

ومن ثم يعتبر معدوماً الحكم الصادر من قاض موقوف بصفة مؤقتة عن عمله (٢) ، وإنما لا يعد معدوماً الحكم الذى يصدر من قاض ندب الى المحكمة التى أصدرت الحكم فيها بطريقة غير صحيحة . ولا يعتبر معدوماً الحكم الصادر من قاض غير صالح لنظر الدعوى عملاً بالمادة ٣١٣ و ٣٣٧ ، كما يعتبر باطلاً وليس معدوماً الحكم الصادر من قاض يجوز رده عملاً بالمادة ٣١٥ ، بافتراض أن طالب الرد لم يعلم بأسبابه إلا بعد صدور الحكم (راجع المادة ٣١٩) .

ويعتبر معدوماً الحكم الصادر على من لم يعلن إطلاقاً بصحيفة الدعوى أو على من تم اعلانه باجراء معلوم - كما اذا ثبت بحكم من القضاء تزوير محضر الاعلان فقد الاعلان كيانه ووجوده (٣)

(١) كتاب الأحكام رقم ١٣٦ وما يليه والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثانى - باب الطعن فى الأحكام .

(٢) جلاسون وتسيه ٣ رقم ٧٥١ ص ٥٨ .

(٣) أنظر ما قلناه فى كتاب الدفوع الطلجة الثانية رقم ١٣٥ م (١) ص ٣١١

ويعتبر معدوماً الحكم الصادر على من أخرجته المحكمة من الخصومة قبل صدور الحكم فيها ، وحسبه أن ينكر حججه عليه لأنه لم يكن طرفاً في الخصومة التي انتهت بصدر الحكم لا بشخصه ولا بمن يمثله (١) .

ويعتبر معدوماً الحكم الصادر على من توفي أو فقد أهليته قبل رفع الدعوى عليه . كما يعتبر معلوماً الحكم الذي لم يقع عليه رئيس الهيئة التي أصدرته والكاتب أو الذي لم يذكر فيه إطلاقاً اسم المحكوم له أو المحكوم عليه (٢) .

ولقد اختلف الرأي بصدد تقدير قيمة الدعوى بطلب انعدام الحكم ، ونكتفى في هذا المقام بالقول بأن المحكمة بإصدار حكم معدوم لا تستنفد ولايتها بالنسبة للنزاع ، وبعبارة أخرى لا تنتهى مهمة المحكمة إلا بإصدار الحكم في الدعوى سواء أكان صحيحاً أم قابلاً للبطلان إنما لا تنتهى مهمتها بأمر معدوم ، وإذا كانت الخصومة معدومة فتعد هي والحكم الصادر في حكم العدم ، ومن ثم فالدعوى بطلب انعدام حكم ترفع الى ذات المحكمة التي أصدرته بطلب صحبه وإعادة النظر في الموضوع إن شاء ذلك صاحب المصلحة وبشرط استيفاء ما كان سبباً في الانعدام ، وتستكمل الاجراءات من آخر لإجراء صحيح تم في الخصومة ، أو تعاد الخصومة من جديد بإجراء صحيح إذا كانت الأولى معدومة .

وتملك المحكمة الحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى التي ترفع بطلب بطلان الحكم في غير حالات الانعدام (٣) .

(١) نظرية الأحكام رقم ٣٠ م .

(٢) أنظر دراسة تفصيلية في هذا الموضوع ومزیداً من الأمثلة والأحكام العديدة في كتاب نظرية الأحكام رقم ١٣٦ وما يليه .

(٣) أنظر في هذا الموضوع دراسة تفصيلية في كتاب الأحكام رقم ١٤٥ ورقم ١٤٦

٤٦- هل تقبل دعوى التنصل بقصد الغاء حكم صادر من دائرة المساكن؟

نعلم أن التنصل désaveu هو الطلب الذى يوجهه من تم باسمه تصرف بغير توكيل أو تفويض منه الى من باشر ذلك التصرف والى كل من تتعلق له مصلحة فيه بقصد الغائه والتخلص من سائر الآثار القانونية المترتبة عليه بما فى ذلك الغاء الاجراءات والأحكام المؤسسة عليه ، فطلب التنصل يوجهه صاحب المصلحة ، إما لأن من باشر الاجراء المراد التنصل منه لم يكن وكيله عنه ، وأما لأن وكيله قد اتخذ الاجراء بغير تفويض منه .

ونعلم أيضاً أن التنصل جائز ولو كان يعمل بنى عليه أصبح غير جائز للطن بالاستئناف (م ٨١٥ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) (١) بشرط أن ترفع دعوى التنصل فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صيرورة الحكم غير قابل للاستئناف .

فهل يجوز التنصل من عمل بنى عليه حكم صادر من دائرة المساكن بقصد الغاء هذا العمل والحكم الصادر بناء عليه ، على الرغم من أن المادة ١٥ من قانون المساكن تمنع أى طعن فى الحكم وعلى الرغم من أن المادة ٨١٥ تجيز التنصل ولو عن عمل صدر بمقتضاه حكم ولو أصبح هذا الحكم غير قابل للاستئناف .

لا مفر من قبول التنصل فى هذا الصدد ، لأنه لا يعتبر فى واقع الأمر من قبيل الطعن فى الحكم الممنوع بمقتضى المادة ١٥ المتقدمة ، وإنما هو طلب جائز القبول بمقتضى المادة ١٥٨ مرافعات ، ولأنه اذا قبل بالفعل طلب التنصل فان معنى ذلك أن الحكم قد صدر فى دعوى على من لم يكن ممثلاً فيها على وجه الاطلاق . ولقد رأينا من بين حالات انعدام الحكم صدوره

(١) وهذا جائز أيضاً فى فرنسا علا بالمادة ٣٦٢ من القانون الفرنسى راجع موريل رقم ٢٤٢

على من لم يكن خصماً في الدعوى أو صدوره على شخص أخرجه المحكمة على الخصومة قبل صدور حكمها فيها .

٤٧ - هل يجوز التحكيم بصدد منازعات الإيجار :

انشاء محاكم معينة دوائر أو لجان من جانب المشرع وتخصيصها بالفصل في دعاوى من نوع معين لا يمنع كقاعدة عامة من الاتفاق على التحكيم فيما يدخل في اختصاص هذه المحاكم أو تلك الدوائر أو اللجان ما لم يتصل الأمر بالنظام العام . ومن ثم يجوز الاتفاق على التحكيم بصدد منازعات إيجار الأماكن التي يحكمها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، كل هذا من الناحية المدنية بطبيعة الحال ، وبعبارة أخرى ، الصلح أو التحكيم في تلك المنازعات لا يؤثر في الدعوى الجنائية المترتبة على مخالفة القانون أو في السير فيها .

وانما اذا كان من الحائر مخالفة أحكام القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ في صدد الصلح أو التحكيم مع تفويض المحكمين بالصلح - وهم عندئذ معفون من التقيد بأوضاع المرافعات وقواعد القانون عملاً بالمادة ٨٣٥ مرافعات فانه لا يجوز بأى حال من الأحوال التحلل من القواعد المتعلقة بالنظام العام - سواء أكانت متصلة بالشكل أو بالموضوع - تلك التي عني قانون الإيجار ترتيبها بقصدا اعتبارات أساسية تتصل بأوضاعنا الاجتماعية والاقتصادية ، وفقاً لما درسناه تفصيلاً في المقدمة .

كما لا يجوز الاتفاق على التحكيم بعد التظلم أو استئناف حكم دائرة المسكن لأن في ذلك تحللاً من المادة ١٥ من قانون المسكن ، وهذا لا يجوز ولو باتفاق الطرفين ، وإن كان يجوز تجديد النزاع أمام المحكم إذ أن حجية الشيء المقضى به لا تتصل بالنظام العام على النحو المقرر في المادة ٤٠٥ من القانون المدني (١) .

(١) راجع ما قلناه في رقم ٣٦

الفصل الرابع

القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢

وأثره في اختصاص دائرة المساكن

٤٧ م - من القانون رقم ٤٦ :

شاء المشرع بمقتضى أحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بتجديد إيجار الأماكن أن يحدد لكل مكان قيمة إيجارية ثابتة أيا كان المالك أو المستأجر ، وبذا يحسم النزاع على القيمة بمجرد الانتهاء من البناء .

وفصد المشرع أن يكون تحديد الإيجار بمقتضى لجان إدارية محصل التظلم من قرارها بواسطة المالك أو المستأجر أمام مجلس المراجعة (١) المنصوص عليه في المادة ١٦ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الضريبة على العقارات المبنية على أن يعدل تشكيله بحيث يكون برئاسة قاض يندبه رئيس المحكمة الابتدائية بدائرة المحافظة ، ويضم الى عضوية المجلس اثنان من مهندسي الإدارات الهندسية المحلية بالمحافظة يصدر بتعيينهما قرار من المحافظ ويكون قرار المجلس غير قابل لأي طريق من طرق الطعن ، ولا يترتب على الطعن في قرارات اللجان وقف تنفيذها . ومضى صار تحديد الأجرة نهائياً فإنه

(١) تشكل اللجنة عملاً بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ وبمراعاة القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ من ست أعضاء اثنان من موظفي الحكومة واثنان من مالكي العقارات المبنية بالمدينة أو القسم أو البلد الذي يتم فيه التقدير يعينهما سنوياً وزير الخزانة أو من ينوب عنه ، واثنان من مهندسي الإدارة الهندسية المحلية بالمحافظة يصدر باختيارهما قرار من المحافظ ، وتكون رئاسة اللجنة للموظف الأعلى درجة من الأعضاء أو الأقدم عند تساوى الدرجة ويشكل المجلس من تسع أعضاء برئاسة قاض يندبه رئيس المحكمة الابتدائية بدائرة المحافظة وعضوية ثلاثة من موظفي الحكومة يعينهم وزير الخزانة وثلاثة من كبار ملاك المبانى بالمدينة أو البلد الذي ينتظر المجلس في التظلمات الخاصة به يعينهم وزير الخزانة أيضاً ، واثنان من مهندسي الإدارات الهندسية المحلية بالمحافظة يصدر بتعيينهما قرار من المحافظ .

لا يجوز لأى مستأجر آخر المنازعة فى أجرة الوحدة السكنية (م ٥ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢) .

ولم يكتف المشرع بمقتضى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بتحديد قيمة الأرض والبناء والقيمة الإيجارية له ، وإنما هو أوجب أن تقوم اللجان بتوزيع القيم المحسوبة وفقاً للمادتين الثانية والثالثة ، على وحدات المبني المختلفة على أساس نسبة مساحتها الى المساحة الكلية لهذه الوحدات ، ومع مراعاة ظروف وصق كل وحدة والغرض من استعمالها .

واذن لا يملك القضاء النظر فى أى نزاع يتصل بتحديد القيمة الإيجارية للمسكن بالنسبة للمباني التى تخضع لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ . وإذا رفع الى المحاكم أى نزاع من هذا القبيل وجب عليها الحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها لتعلق الأمر باختصاص يتصل بوظيفة المحاكم . ويكون لأى خصم فى الدعوى التمسك بعدم الاختصاص فى أية حالة تكون عليها الاجراءات ولو لأول مرة فى النقض . ويكون على النيابة العمومية أن تملك بعدم الاختصاص متى كانت ممثلة فى الدعوى .

ومن باب أولى لا يجوز التظلم أو الطعن فى قرار مجلس المراجعة سواء أمام القضاء العادى أو أمام القضاء الإدارى .

وإنما اذا فقد القرار ركناً أساسياً من أركانه مما ترتب عليه انعدام القرار سبباً للقضاء المستعجل عدم الاعتداد به بشرط توافر الاستعجال فى المنازعة . وعلى أى حال لا تملك أية محكمة تحديد الإيجار ولو كان قرار مجلس المراجعة معدوماً ، كما لا تملك هذا ولو باتفاق المالك ومأثر المستأجرين ، بل ولو قامت المحكمة بالتقدير معتده بالضوابط الموضوعية المقررة فى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ، وذلك لأن تحديد إيجار الأماكن الخاضعة لهذا القانون لم يعد مما تختص به المحاكم اختصاصاً متصلاً بوظيفتها .

٤٨ - الأماكن التي تختص بتحديد إيجارها اللجان المتقدمة ،
ولا تختص بها دائرة المساكن :

تنص المادة الأولى من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ على أن تلك الأماكن هي المدة للسكن أو لغرض ذلك من الأغراض والتي تنشأ بعد العمل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ الخاص بخفض إيجار الأماكن . هذا مع ملاحظة أن القانون رقم ١٦٨ نص صراحة على أن نصوصه لا تسرى على المباني التي يبدأ في إنشائها بعد العمل به .

ويدق الأمر بالنسبة الى المباني التي انشئت قبل العمل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ ولكن لم يتم البناء الا بعد العمل به ، فهذه لا تستبعد من نطاق القانون رقم ١٦٨ لأنه لم يستثن الا المباني التي يبدأ في إنشائها بعد العمل بأحكامه ، ولأن هذا القانون قد نص صراحة على أنه اذا كان المكان المؤجر لم يكن قد سبق تأجيره يكون التخفيض بالنسبة المشار إليها في القانون على أساس أجرة المثل عند العمل بأحكام القانون رقم ١٦٨

وجاء القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ مقررأ تطبيق نصوصه على تلك المباني التي لم تؤجر أو تشغل لأول مرة حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١

والرأى الصحيح في هذا الصدد أنه بالنسبة الى المباني التي انشئت قبل العمل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ والتي لم تستكمل الا بعد العمل به شاء المشرع في القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ الا تطبق بصدد أحكام القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ وإنما تسرى عليها أحكام ذلك القانون الأخير ، فيعتبر هذا الأخير ناسخاً لأحكام الآخر .

وأما الجدير بالإشارة أن المادة الأولى من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ تنص على سريان أحكامه على المباني التي تؤجر أو تشغل لأول مرة ، بمعنى أنه اذا لم تؤجر جميع الوحدات السكنية أو لم تشغل فن الواجب إعمال القانون الأخير . فهل يعمل بالمادة الأولى ولو كان المبنى قد تم تأجير بعض وحداته السكنية وتم تخفيض إيجارها بمقتضى القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١

نرى أن المقصود بالمادة الأولى هو إعمال نصوصها على المباني الكاملة التي لم تُؤجر أو لم تشغل لأول مرة حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ ، أما إذا كان قد تم تأجير بعضها فمن الواجب إخضاع البعض الآخر لأجر المثل عملاً بالقانون رقم ١٦٨ وتخفيضه عملاً بأحكامه ، حتى لا يخضع المبنى الواحد في تحديد أيجار وحداته السكنية لأكثر من قانون هذا فضلاً عن أن القانون رقم ٤٦ يفرق في الاصطلاح بين المباني والوحدة السكنية ، فيطلق العبارة الأولى على كامل المكان في حين تطلق العبارة الثانية على مجرد الوحدة السكنية في المبنى .

وفضلاً عن كل ما تقدم فإن حقيقة المقصود من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ هو مجرد تحديد وتقييد ربح مالك الأماكن الخاضعة لهذا القانون ، وفي سبيل تحقيق هذا الغرض أوجب القانون بعد تقدير قيمة العقار توزيع أيجاره على وحداته المختلفة . والعملية المتقدمة لا تقبل التجزئة من حيث الغرض المقصود منها ، ومن حيث طبيعتها ، ومن ثم يبدو غريباً وغير متمشى مع القانون أن يتم تقدير مبنى ، ثم يوزع أيجاره على وحداته المختلفة ثم لا يسرى بعدئذ هذا التقدير على كل هذه الوحدات ، فتبقى الوحدات التي سبق تأجيرها على ما كانت عليه من حيث قيمتها الإيجارية دون اعتداد بتوزيع اللجنة المتقدم سواء أكانت هذه القيمة أقل من تلك أو أكثر ، بينما تخضع الأخرى لتقدير اللجنة ، وينتهي الأمر إلى غير ما نحا إليه المشرع في القانون رقم ٤٦ ، لأن مجموع أيجار الوحدات السكنية للمبنى لن يتطابق مع التقدير المقرر في هذا القانون . وبعبارة أخرى ، الالتزام بتقدير الوحدة السكنية في المبنى يتطلب حتماً الالتزام بالتقدير المقرر بالنسبة لسائر الوحدات الأخرى فيه ، فإذا كان من المستحيل الاعتداد بهذا التقدير نظراً لحضوه لقانون آخر ، فلا تتصور علة للالتزام بتقدير الوحدة الأخرى .

وبداية ، لا يتصور الاعتداد بالقيمة الإيجارية للوحدات التي تم تأجيرها قبل العمل بالقانون الجديد . ثم يضاف إليه تقدير اللجنة بالنسبة للوحدة التي لم يكن قد تم تأجيرها بحيث يتكون من هذا المجموع أيجار المبنى

بأكمله - نقول لا يتصور هذا اذ قد يترتب عليه تقدير تلك الوحدة الأخيرة تقدير آخر غير جدى قد لا يتناسب على وجه الاطلاق مع حالتها .

٤٩ - تختص المحاكم الابتدائية بكل ما قرره القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ عدا ما اتصل بتحديد ايجار الأماكن المتقدمة :

فما عدا المنازعات المتعلقة بتحديد ايجار الأماكن المشار اليها فى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ تختص دائرة المساكن فى صدد هذه الأماكن بسائر المنازعات الأخرى المشار اليها فى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ومن بينها الحكم بالاخلاء للأسباب المشار اليها فى القانون أو الحكم برد ما دفع زائداً عن الأجرة المقررة بمقتضى القانون .

ويكون للمحاكم الابتدائية وحدها ولاية الفصل فى طلب رد الزائد عن الأجرة المحددة بمقتضى اللجان المشار اليها فى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ على ألا تمس التحديد المقرر بمقتضى تلك اللجان . واذا فرض أن رفعت دعوى الى دائرة المساكن بطلب الزائد عن الأجرة المقررة ، ولم يكن قد تم البت نهائياً فى أمر التقدير من اللجنة والمجلس عملاً بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ فن الواجب وقف الدعوى الأصلية حتى يصدر قرار المجلس النهائى وذلك عملاً بالمادة ٢٩٣ من قانون المرافعات .

وغنى عن البيان أن تلك اللجان لا تملك بأى حال من الأحوال الفصل فى أى طلب غير ما تعلق بتحديد ايجار على النحو المقرر فى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ وإلا كان قرارها معدوماً فى صدد ما يخرج عن اختصاصها ، ولو تم باتفاق الطرفين .

واذن اذا خالف المؤجر قرار تحديد ايجار وتوزيعه وجب الالتجاء الى المحاكم ، سواء فى صدد الدعوى المدنية أو الدعوى الجنائية عملاً بالمادة ٧ من القانون .

٥٥ - تلزم لجنة التقدير ومجلس المراجعة بتوفير الضمانات الأساسية في التقاضي :

لما كانت القاعدة الأساسية توجب إعمال قواعد قانون المرافعات كلما شاب أى قانون اجرائى آخر نقص أو غموض أو إبهام ، بوصفه القانون العام للاجراءات القضائية وغير القضائية ، ولما كانت هذه القاعدة ثابتة في كثير من الأحوال بنصوص خاصة كما هو الحال في قانون مجلس الدولة والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ في شأن إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المالية ، وكما هو الحال في شأن القرارات المنظمة للاجراءات أمام لجان الطعن بمصلحة الضرائب ولما كانت لجان التقدير ومجالس المراجعة إنما تباشر في واقع الأمر اختصاصاً دقيقاً لم يكن مخولاً في الأصل للمحاكم أو لغيرها من اللجان ، بل كان المالك يحدد إيجار ما يؤجره مما يملكه دون ما قيد أو شرط ، ثم تتولى بعدئذ التشرىعات انقاص هذا التقدير بنسبة ثابتة وبصورة عامة، ولما كان الاختصاص المتقدم هو في حقيقته فصلاً في منازعة ، فمن الواجب لكل ما تقدم أن تقيد لجان التقدير ومجالس المراجعة بالمبادئ الأساسية في التقاضي .

ومن الواضح أنه لا يتطلب منها أن تلزم حرفية نصوص قانون المرافعات، والا التمس عليها الأمر وتعتقد ، كما لا يتصور أن يجرى عملها بغير أصول أو ضوابط ، وإنما يتطلب منها أن تستلهم القواعد الكلية في تحقيق ضمانات التقاضي وتوفير الاطمئنان للنوى الشأن ، والمحافظة على مظهر الحيلة الذي يجب أن تتحلّى به في سائر المراحل .

وتلك المبادئ مستقرة في الفقه والقضاء ، وتلزمها المحاكم الادارية (١)

وللمبادئ الأساسية المتقدمة شباب ، منها ما يتصل بتشكيل اللجنة أو المجلس المتقدم ، ومنها ما يتصل بطبيعة الاجراءات الواجبة الاتباع ،

(١) محكمة القضاء الإدارى في ٣١ يناير ١٩٥٦ - السنة ١٠ ص ١٨٠ ، ٢٨ مارس ١٩٥٦
السنة ١٠ ص ٢٦٦ ، ١٦ نوفمبر ١٩٥٠ السنة ٥ ص ١٥٤ وحكم المحكمة الادارية العليا في ٢٤ مارس
١٩٥٦ السنة الأولى ص ٦١٢

ومنها ما يتصل بما يجب أن يتوافر في قراراتها ، ومنها ما يتصل بمدى عدم قابلية تلك القرارات للطعن .

٥١ - أسباب لعدم صلاحية أعضاء اللجنة أو المجلس لنظر الطلب :

ثمة قاعدة مستقرة في الضمير تملأها العدالة المثلى ، ولا تحتاج الى نص يقررها أو الى دراسة في القانون ليفطن إليها العقل ، هي أن من مجلس مجلس القضاء يجب ألا تربطه بأحد طرفي النزاع رابطة دم أو مودة أو عداوة وذلك حتى تصفو نفسه من كل ما يمكن أن يستشف منه رأيه، وحتى لا يدرك الخصم مصيره مقدما بين يديه فتزعزع الثقة فيه أو يقضى على اطمئنانه إليه .

واذن يكون عضو اللجنة أو المجلس غير صالح لعمله ولو لم يرد أحد الخصوم اذا كان قريباً أو صهرأ لأحدهم الى الدرجة الرابعة ، أو اذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم أو مع زوجته مثلاً .

وبعبارة عامة ، يجب رد الأمر الى قواعد العدالة لتحديد أسباب عدم الصلاحية ، بالقدر الذي يتوافر فيه الضمان للمتقاضين ، وبمراعاة أحكام قانون المرافعات فيما يتصل بعدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى وبما يتصل بالرد .

هذا مع تأكيد أنه اذا نظر العضو الطلب بوصفه من أعضاء لجنة التقدير ، فإنه لا يملك بأى حال من الأحوال نظر المتظلم الموجه للقرار بوصفه من أعضاء مجلس المراجعة ، حتى لا يجلس من المتظلم مجلس الحكم وفي نفسه عقيدة سبق أن كونها ، وحتى يطمئن المتظلم الى تجرد أعضاء المجلس من الميل أو التأثير . (راجع المادة ٣١٣ من قانون المرافعات) (١) .

٥٢ - طبيعة الاجراءات الواجبة الاتباع أمام اللجنة أو المجلس :

دون بحث تفصيل الاجراءات الواجبة الاتباع أمام اللجنة أو المجلس ، نكتفى بتقرير أن تلك الاجراءات يجب أن تتمخض في مواجهة الخصوم ،

(١) راجع حكم المحكمة الادارية العليا في ٢٤ مارس ١٩٥٦ السنة الأولى ص ٦١٣ .

كى يتمكن كل خصم من الدفاع عن مصالحه ، ويجب أن يمكن الخصم من الاطلاع على الأوراق التى يقدمها الخصم الآخر ، والا تبنى اللجنة أو المجلس قرارها على مقتضى الأدلة التى تمت مواجهة الخصوم بها .

وعند تحديد المواعيد المقررة فى القانون يجب مراعاة أحكام قانون المرافعات فى احتسابها ، وفى ضرورة اضافة مواعيد مسافة بصدها ، حتى يقف كل خصم موقفاً متعادلاً مع زميله أمام اللجنة أو المجلس .

فمثلاً فى احتساب الميعاد المقرر فى المادة ٢/٥ ، لا يبدأ الميعاد إلا من اليوم الذى يصل فيه قرار اللجنة الى المالك بالكتاب الموصى عليه بعلم الوصول . ولا يعتد الا بعلم الوصول الموقع عليه من المالك أو من يقوم مقامه فى تحديد هذا اليوم ، ولا عبرة بيوم ارسال الخطاب ، أو بالايصال الذى يتسلمه الراسل من مصلحة البريد (١) .

ويجب اضافة ميعاد مسافة الى الميعاد المتقدم حتى يفيد المالك من الميعاد الاصلى كاملاً .

٥٣ - قرار اللجنة أو المجلس وتنفيذه :

يجب أن يصدر القرار متضمناً سائر البيانات الأساسية ومجيباً على كل ما يتطلبه القانون رقم ٤٦ فى نصوصه المختلفة . ويجب أن يكون واضحاً بغير لبس أو غموض ، وأن يكون مسيياً - لأن القانون وان لم يتطلب هذا التسيب صراحة الا أنه يتطلب التقدير والتوزيع وفقاً لأسس مقررّة فيه لا يجوز اغفالها أو التجاوز عنها . كما يجب أن يجب القرار على ما أدلى به الخصوم من طلبات أو دفع أساسية حتى يكون ناطقاً بعدالته ويجب أن ينفذ قرار اللجنة أو المجلس على الفور ، ولا يترتب على التظلم من قرار اللجنة وقف تنفيذه .

(١) استئناف الاسكندرية ٢٤ أبريل ١٩٥٢ مجلة التشريع والقضاء ٥ عدد ٤ ص ٢٣

وانما لا يسأل المالك جنائياً عن عدم تنفيذه للقرار إلا اذا ثبت علمه به بصورة قاطعة ، كأن يكن قد أعلن به من جانب خصمه أو من جانب الإدارة المختصة .

ولا يتطلب بطبيعة الحال ثمة اجراء لاتمام التنفيذ .

ولا تملك أية هيئة قضائية وقف تنفيذ القرار المتقدم ، وإن كان يملك القضاء المستعجل عدم الاعتداد به اذا كان معدوماً وبشرط توافر الاستعجال في المنازعة ، عملاً بالقواعد العامة .

٥٤ - جواز طلب تفسير القرار أو تصحيح الأخطاء المادية في منطوقه كتابية كانت أم حسائية - جواز طلب ما أغفلت اللجنة أو المجلس تقديره :

اذا كان القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ ينص في المادة الخامسة منه على أن قرار المجلس يكون غير قابل لأي طعن فإن ذلك لا ينفى جواز الالتجاء الى المجلس أو الى اللجنة بطلب تفسير القرار بشرط ألا تمس حجتيه ، وليس هناك ميعاد في هذا الصدد .

كما يجوز تصحيح ما يقع في منطوق القرار من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسائية ، وذلك بقرار تصدره اللجنة أو المجلس من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم ، ويشترط لذلك ألا يتجاوز اللجنة أو المجلس الاجراء المتقدم ، مع عدم التزام ميعاد خاص في هذا الصدد وبطبيعة الحال اذا ما حصل التظلم في قرار اللجنة أمام المجلس فإنه لا يجدى طلب التفسير أو التصحيح فالمصلحة تقتضى - لتوفير الوقت والجهد - التقدم بما يعن للخصوم من طلبات أمام ذلك المجلس .

واذا أغفلت اللجنة أو المجلس تقدير وحدة سكنية أو أكثر جاز للمالك أو المستأجر تجديد الطلب الى اللجنة أو المجلس - بحسب الأحوال - دون التزام ميعاد خاص في هذا الصدد ، بشرط أن يكون الاغفال أغفالا كلياً ، ولم يتم تقدير الوحدة السكنية بصورة ضمنية ، ولو ترتب على ذلك ضرورة إعادة التوزيع (راجع المادة ٣٦٨ من قانون المرافعات) .

٥٥ - عدم قابلية القرار للطعن مشروط بكونه غير معدوم :

لما كانت القاعدة الأساسية أن المعدوم لا تلحقه حصانة ، ولا يزول عنه عيبه بفوات ميعاد الطعن فيه ، ولا يفلق أى سبيل للتظلم منه ، فإن قرار المجلس اذا فقد ركناً أساسياً من أركانه فإنه يفقد صفته كقرار من مجلس المراجعة ، ويعتبر والعلم سواء .

وانما هذا الانعدام لا يبيح لأية محكمة القيام بما يخص به المجلس ولو باتفاق الخصوم - وان كان يتيح للقاضى المستعجل سلطة اعتبار القرار معدوماً بشرط توافر الاستعجال فى المنازعة القائمة أمامه عملاً بالقواعد العامة ، هذا فضلاً عن أن محكمة الموضوع تملك وقف الدعوى بطلب رد الزائد عن الأجرة ، حتى يستصدر الخصوم من اللجنة أو المجلس قراراً بدلاً من القرار المعدوم (١) .

ومضى اعتبر القرار معدوماً ، فإن مجلس المراجعة يملك إعادة النظر فى التقدير ، لأن المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ اذا كانت تقرر عدم قبول الطعن فى قرار المجلس الا أنه يشترط بداهة لتطبيقها أن يتوافر بالفعل قرار للمجلس ، ولو كان قد خالف فى التقدير نصوص القانون المتقدم . انما اذا كان رئيسه مثلاً قد زالت عنه ولاية القضاء قبل اصدار القرار ، أو أن أحد أعضائه قد فصل من عمله ، فلا يتصور ثمة قرار لمجلس المراجعة واجب الاحترام وله الحصانة .

كذلك الحال اذا صدر القرار من مجلس لم يشكل وفق العدد المقرر فى التشريع أو لم يرأسه أحد القضاة ... الخ .

وتترك تحديد أركان القرار الأساسية للدراسة القانون الادارى .

(١) أنظر دراسة تفصيلية فى أثر القرار المعدوم فى كتاب التنفيذ ١٥٩ م (٢) ، وكتاب قضاء الأمور المستعجلة لراتب ونصر الدين كامل رقم ١٤٧ و ١٤٨

٥٦ - عدم جواز الاتفاق على التحكيم بقصد تحديد الإيجار فيما يدخل في اختصاص لجنة التقدير :

مما هو غنى عن البيان أن لجنة التقدير هي لجنة إدارية لا ينزع اختصاصها بأى حال من الأحوال ولو باتفاق الخصوم ، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على التحكيم لتقدير ما يدخل في اختصاص تلك اللجنة من عقارات .

الاختصاص والاجراءات فى منازعات ايجار الاراضى الزراعية

بمقتضى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢

بانشاء لجان الفصل فى المنازعات الزراعية

تمهيد :

٥٧ - أهمية المنازعات الزراعية :

قلنا فى المقدمة أن الغرض الاساسى من قيام ثورة سنة ١٩٥٢ هو القضاء على الظلم الاجتماعى ، وأن من أهم ما عنت به تلك الثورة فى بدئها هو فرض قيود على الملكية الزراعية وحماية مستأجرى الاراضى الزراعية حتى لا يكونوا مهددين بانهاء الايجار أو زيادته، وقلنا إن فى حماية هؤلاء حماية لطبقة بأكملها ازاء طبقة أخرى . وهكذا تبدو بوضوح أهمية تنظيم المنازعات الزراعية .

وقلنا ان حماية المشرع للمستأجر لا تقتصر على ميعاد معين وانما هى تمتد طوال فترة تنفيذ عقد الايجار .

ومن ثم يظل بطلاناً متصلاً بالنظام العام كل اتفاق ولو لاحق لعقد الايجار يرمى الى زيادة الايجار عن الحد الأقصى المقرر فى التشريع ، كما يظل كل صلح يتم بتخفيض الأجرة المتفق عليها فى عقد الايجار بقليل معين دون أن تصل الى الحد المقرر فى التشريع .

ويجوز تجاهل الشرط بزيادة الأجرة ، كما يجوز طلب رد الأجرة الزائدة .

وقلنا أيضاً فى المقدمة ، ان أداء الأجرة مدة طويلة بما يزيد عن الحد الأقصى المقرر فى التشريع لا يعد قبولاً صمناً بالزيادة ولا يسقط الحق فى طلبها ، وان الحق فى طلب الزائد عن الحد الأقصى لا يسقط الا بانقضاء

ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المستأجر بحقه فى استردادها، على أن يسقط هذا الحق فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه .

ولقد عنى تشريع الثورة بتنظيم استقرار للمستأجر الزراعى منذ قيامها . وتطورت القوانين التى تنظم لجان الفصل فى المنازعات الناشئة عن امتداد عقود الأراضى الزراعية الى أن صدر القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ فى ٣ ديسمبر ١٩٦٢ ، بإنشاء لجان الفصل فى المنازعات الزراعية ، وخصها بالفصل مؤقتاً فى الدعاوى التى وردت على سبيل الحصر فى المادة الثالثة منه .

وأوجب القانون قبل الالتجاء الى القضاء طرح النزاع على اللجنة المختصة وإلا كانت الدعوى غير مقبولة أمام المحاكم . ومن ثم لا يترتب على ما تضمنه القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ نزع اختصاص المحاكم فيما اشتمل عليه وحرمانها منه ، وإنما هذا القانون ينشئ دفعا بعدم قبول الدعوى الى أن تبت اللجنة بقرارها فى الموضوع .

ولقد وضحت المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٤٧٦ لسنة ١٩٥٣ - وهو أول قانون ينظم المنازعات الزراعية - وضحت أن المقصود منه هو التخفيف عن المحاكم وعدم اقبالها بمنازعات كثيرة متنوعة خاصة فيما يتعلق بتوافر الشروط المقررة لامتداد الأيجار ، هذا فضلا عن حماية الأمن والنظام ودرء الجرائم قبل وقوعها بحسم النزاع على وجه السرعة .

وقالت المذكرة التفسيرية أيضاً « إنه لما كانت مهمة هذه اللجان هى الفصل بصفة وقتية فى كل نزاع ينشأ عن تطبيق القانون المتقدم الذكر تحقيقاً للأهداف التى قصد إليها حتى يرفع أصحاب الشأن النزاع الى الجهات المختصة من جديد اذا لم يرضوا بقرارات اللجان فقد ضمن نص المادة الثانية من المشروع هذا الحكم كما تضمن تحقيقاً للعللة ذاتها أن تكون قرارات اللجان غير قابلة لأى طعن فيها أمرت به .. وأن تظل قراراتها نافذة حتى يصدر حكم من الجهة القضائية المختصة » .

وفيما يلي دراسة تفصيلية للقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ ، من ناحية تشكيل لجنة الفصل في المنازعات الزراعية واختصاصاتها ، ومن ناحية الاجراءات الواجبة الاتباع أمامها ، ومن ناحية قرارها ومدى نفاذه وحججه والطعن فيه .

هذا ويلاحظ أنه يجب إعمال قواعد قانون المرافعات ومبادئه الأساسية عند عدم وجود نص خاص في القانون المتقدم ، وذلك للأسباب التي تقدمت الإشارة إليها في رقم ٥٠ وسوف نرى تطبيق هذه القاعدة الأساسية في نواحي البحث المختلفة .

الفصل الأول

تشكيل لجنة الفصل في المنازعات الزراعية واختصاصها

٥٨ - تشكيل اللجنة :

تنص المادة الأولى من القانون على أن تنشأ بدائرة كل مركز لجنة تسمى « لجنة الفصل في المنازعات الزراعية » تشكل على الوجه الآتي :

١ - قاض يندبه وزير العدل .

٢ - عضو نيابة يندبه النائب العام .

٣ - مفتش الزراعة بالمركز .

ويحضر اجتماع اللجنة مندوبون عن وزارة الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي ووزارة الأشغال ومصلحة المساحة والجمعية التعاونية الزراعية المشتركة بالمركز .

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحاً إلا بحضور اثنين من المندوبين المذكورين على الأقل ، ويشترك المندوبون في المداولات ولا يكون لهم صوت معدود فيها . ويصدر بتشكيل اللجنة قرار من المحافظ ، ويعين المحافظ العدد الكافي من الموظفين للقيام بالأعمال الإدارية والكتابية للجنة .

ولما كان نص المادة الأولى المتقدم 'يوجب أن يكون القاضي متديباً من وزير العدل ، وعضو النيابة متديباً من النائب العام ، فإنه لا يجوز أن يحل محل هذا أو ذاك زميل له في العمل دون أن يكون قد صدر نوبتة مخصوصه . ومن ثم يجب أن يندب اثنان من القضاة وأعضاء النيابة في كل مركز حتى يحل أحدهما محل الآخر عند غيابه بسبب المرض أو النقل أو الندب الى جهة أخرى أو الأجازة . مع مراعاة أن تكون الهيئة التي تسمع المرافعة هي التي تصدر القرار على النحو المقرر في القانون (راجع المادة ٣٣٩ مرافعات وما يليها) .

أما مفتش الزراعة بالمركز فمن الجائز أن يحل محله عند غيابه من يقوم مقامه بحكم القانون واللوائح ، لأن المادة الأولى لا تشترط أن يصدر بصدده قرار ندب .

والجدير بالذكر أن المادة المتقدمة لم تحدد رئيس اللجنة ، في حين أن مواد القانون التالية قد أشارت الى ما يجب على الرئيس القيام به في بعض الأحوال وفي حين أن سائر القوانين التي تسبق القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ إنما كانت تحدد دائماً رئيس تلك اللجنة .

ولا شك أن رئاسة تلك اللجنة تكون للقاضي ، لأنه جاء في رأس التشكيل ، ولا يعتد على وجه الاطلاق بالدرجة المالية للعضوين الآخرين ، كما لا يعتد بوضع عضو النيابة وأقدميته بالنسبة للقاضي إن كانت ، كل هذا فضلاً عن أن هذه اللجنة هي هيئة قضائية (١) وليست مجرد لجنة إدارية ومن ثم لا جلدال في أن يتولى رئاستها القاضي .

وتوجب المادة الأولى أن يحضر اجتماع اللجنة مندوبون عن وزارة الاصلاح الزراعي ووزارة الأشغال ومصلحة المساحة والجمعية التعاونية الزراعية المشتركة بالمركز ، وتشترط لصحة انعقادها حضور اثنين من المتقدمين على الأقل ، على أن يكون لهم الحق في حضور المداولات والاشتراك فيها دون أن يعتد بصوتهم .

ولا يلزم في المندوب أن يكون معيناً في الجهة التي ندبته ، بل يكفي أن يكون منتدباً إليها .

كما لا يلزم أن يكون المندوب الذي سمع المرافعة هو الذي اشترك في المداولة ، كما هو الحال بالنسبة إلى القضاء عملاً بالمادة ٣٣٩ مرافعات ، بل يصبح أن يشترك فيها من لم يحضر جلسة المرافعة ، بل تصح المداولة ولو لم يحضرها أي مندوب ممن تقدم ذكرهم ، لأن كل ما تتطلبه المادة الأولى هو حضور المندوبين لصحة انعقاد اللجنة . والمقصود بانعقاد اللجنة انعقادها في هيئة جلسة عملاً بالمادة الثانية من القانون .

(١) أنظر راتب ونصر الدين كامل في القضاء المستعجل رقم ١٤٩ والمراجع المشار إليها فيه .

واذن يكفي لصحة انعقاد اللجنة حضور اثنين من المندوبين ، ولو كانوا متغيرين في كل جلسة .

وعلى الرئيس من تلقاء نفسه التأجيل كلما تبين عدم حضور مندوبين ممن تقدم ذكرهم .

وبلاحظ أن القانون لا يتطلب حضور كاتب في الجلسة ، ولم ينص على بطلان انعقاد اللجنة دون حضوره ، وإن كان قد نص على أن المحافظ يعين العدد الكافي من الموظفين للقيام بالأعمال الادارية والكتابية للجنة . ومع ذلك يتعين حضور الكاتب عملاً بالأصول العامة ويترتب البطلان اذا لم يحضر الجلسة ويلزم بطبيعة الحال كتابة محضر يدون فيه حضور الحضور وغيابهم وحضور من ينوب عنهم بمقتضى المادة ٨ من القانون ، وما أدلى به كل منهم من طلبات أو دفع ، وما صدر من قرارات ، وما تم من اجراءات الاثبات .

٥٩ - لا يجوز أن يكون من بين أعضاء اللجنة من يقوم به سبب من أسباب عدم الصلاحية أو الرد :

قلنا (١) إن اللجان الادارية أو الهيئات القضائية يتعين عليها أن تستلهم القواعد الكلية في تحقيق ضمانات التقاضى وتوفير الاطمئنان لذوى الشأن ، والحفاظة على مظهر الحيطة الذى يجب أن يتحلى به أعضاء اللجنة في سائر المراحل . وقلنا أيضاً أن تلك المبادئ مستقرة في الفقه والقضاء وتلتزمها المحاكم الادارية .

ونضيف أن على رئيس اللجنة أن ينبه عضوبها الى ضرورة اخطاره على الفور اذا قام سبب من أسباب عدم الصلاحية أو الرد بالنسبة لاحد منهم ، وذلك حتى يعفيه من مباشرة العمل في خصوص النزاع المتصل بذلك .

(١) في رقم ٤٩ و ٥٠

وإذا كان عضو النيابة أو مفتش الزراعة قد سبق أن أدلى برأى له في شأن النزاع - بحكم وظيفته الأصلية - فإن عليه أن يتنحى من تلقاء نفسه عملاً بالمادة ٥/٣١٣ مرافعات ، ولو كان هذا الرأى لا يستشف بصورة صريحة ، وذلك لأن من يجلس مجلس القضاء يجب ألا يكون قد كتب أو استمع أو تكلم حتى تصفو نفسه من كل ما يمكن أن يستشف منه رأيه .

وما قلناه بالنسبة إلى أعضاء اللجنة يقال أيضاً بالنسبة إلى المنوبين عن الوزارات والمصالح المقررة في المادة الأولى ، وذلك لأن هؤلاء حق الاشتراك في المداولات ، فقد يتأثر قرار اللجنة بقول لهم ، وإن كان ليس لهم صوت محدود فيها .

٦٠ - اختصاص اللجنة النوعي والمحل :

تختص بنظر جميع المنازعات القائمة أمام اللجان المشكلة طبقاً للقانون رقم ٤٧٦ لسنة ١٩٥٣ وتحال إليها تلك المنازعات بغير إجراءات ، أى بقوة القانون . كما تختص بالفصل في المسائل الآتية :

(١) المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام المادة ٣٩ مكرراً ١١ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالأصلاح الزراعي والقوانين المعدلة له ، وهي الخاصة بمد عقود إيجار الأراضي الزراعية بقوة القانون بشرط قيام المستأجر بالوفاء بجميع التزاماته .

وهذه المادة معدلة بمقتضى القانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٦٢ (الصادر في ٤ أكتوبر ١٩٦٢) تنص على أن تمتد إلى نهاية سنة ١٩٦٤/١٩٦٥ الزراعية عقود الإيجار التي تنتهي بنهاية سنة ١٩٦١/١٩٦٢ الزراعية سواء لانقضاء المدة المتفق عليها في العقد ، أو التي امتد إليها تنفيذاً لأحكام هذا القانون ،

كما تمتد إلى نهاية السنة الزراعية ١٩٦٥/٦٤ عقود الإيجار التي تنتهى مدتها خلال فترة الامتداد . ولا يجوز للمؤجر المطالبة بفسخ عقود الإيجار المشار إليها الا اذا أدخل المستأجر بأى من التزاماته عن السنة الزراعية السابقة مباشرة على الامتداد أو خلال فترة الامتداد ، وفي هاتين الحالتين يعتبر العقد منتهيا من تلقاء ذاته ، دون حاجة إلى اعلان أو التجاء إلى القضاء .

(ب) كل خلاف ينشأ حول مقدار المساحة المؤجرة ، ويخصها من المنافع أو حول تكاليف وأجور الري والتطهير واستعمال الآلات الميكانيكية في أعمال الزراعة وغير ذلك من المصروفات التي يجوز قانونا اضافتها إلى الإيجار النقدي . وقصد المشروع بتحويل اللجنة الاختصاص المتقدم حتى يحسم على الفور وبصورة سريعة أى خلاف في شأن المصروفات الواجب اضافتها الى الإيجار النقدي ، حتى لاتتخذ القاعدة القانونية التي توجب ذلك ذريعة لزيادة الإيجار النقدي دون مقتضى .

(ج) كل خلاف يثور حول الالتزامات التي يتحملها كل من المالك أو المستأجر في نظام المزارعة .

(د) كل خلاف ينشأ حول استخدام السلف النقدية أو العينية في خدمة الأرض المؤجرة بواسطة طرف عقد المزارعة المثبتة ببيانات الحيازة باسمه . وللعجنة متى ثبت لها سوء استخدام هذه السلف أن تقضى بنقل بيانات الحيازة باسم الطرف الآخر فضلا عن الزام الطرف المسئول عن سوء الاستخدام وحده بكافة السلف التي لم توجه لخدمة الأرض المؤجرة .

وتختص اللجنة في الأحوال المقدمة أيا كانت قيمة النزاع وواضح أن جميع المنازعات المقدمة مما يتعين أن يطبق بصددها قانون الإصلاح الزراعي . وفيما عدا ما تقدم لا تملك اللجنة الفصل فيه والاكان قرارها معدوما لا ينتج أى أثر ، وفقا لما سوف نراه ، ولا يجوز تنفيذه ، وبملك القضاء المستعجل وقف هذا التنفيذ أو الحكم بعدم الاعتداد بالقرار .

ولا نرى ما يمنع اللجنة من اقرار الصلح بين الخصوم عملا بالمادة ١٢٤ من قانون المرافعات ، بشرط أن يكون موضوعه مما تختص به وبشرط ألا يتضمن ما يخالف النظام العام . وينفذ الصلح متى أقرته اللجنة بمثل ما ينفذ به قرارها .

ومن ناحية الاختصاص المحلى لكل لجنة فالواضح أن المشرع يعنيه أن تختص كل لجنة بالمنازعات الزراعية المتعلقة بالأراضي المؤجرة الى في دائرة المركز التابعة له اللجنة . ففتش الزراعة عضو اللجنة هو ذلك المفتش الذى يعمل في المركز التابعة له اللجنة . ومن ثم لا يجوز مخالفة قواعد هذا الاختصاص المحلى ولو باتفاق الطرفين ، وعلى اللجنة الحكم بعدم اختصاصها محليا ، من تلقاء نفسها ، مع احالة النزاع — بغير اجراءات — إلى اللجنة المختصة محليا ، مع التنبيه على الخصوم بذلك . (راجع المادة ١٣٥ مرافعات معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) .

٣٦٠ — أحكام وقفية — الدعاوى القائمة أمام اللجنة أو أمام المحاكم قبل العمل بالقانون الجديد :

إذا كان النزاع قائما أمام اللجنة في تشكيلها القديم ، فان عليها أن تحيله بدون اجراءات إلى اللجنة في تشكيلها الجديد بدون اجراءات ، وذلك عملا بالمادة الثالثة من القانون .

أما اذا كانت الدعوى قد رفعت إلى محكمة قبل صدور القانون الجديد الذى أوجب رفعها أولا إلى اللجنة ، فإنها تظل تنظرها على الرغم من صدور هذا القانون ، وذلك لأن هذا القانون انما ينشئ دفعا بعدم قبول الدعوى بالنسبة لتلك الدعاوى المحددة في المادة الأولى منه ، ولاينزع الاختصاص في شأنها من جهة القضاء ، ومن ثم إذا رفعت الدعوى قبل العمل بالقانون

الجديد ، فإنها تكون قد رفعت في وقت كانت فيه مقبولة ، ولما كانت القاعدة أن العبرة بيوم رفع الدعوى لمعرفة ما إذا كانت مقبولة أو غير مقبولة فإن المحكمة تنظر الدعوى ولو كان قد نشأ بعد رفعها ذلك السبب الذي يوجب عدم قبولها .

كل هذا مع ملاحظة أن صدر المادة الأولى - الذي يوجب سريان قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها - لا يطبق فيما نحن بصدده ، وذلك لأن ما تعلق بقبول الدعاوى أو عدم قبولها لا يتصل بشكل الاجراءات وإنما عس صمم أصل الحق في صدد مدى الحماية المقررة في القانون للمنفعة التي يمنحها لصاحبه (١) .

كذلك لا تنطبق الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون المرافعات ، وذلك لأنها إنما تتعلق بالاختصاص النوعي أو المحلي ، ولا محل لأعمالها عندما تكون المحكمة مختصة بالفعل بنظر الدعوى ، وإنما نشأ بعد قيامها سبب يوجب عدم قبولها (٢) .

ولقد اعتد القانون الجديد بكل المبادئ المتقدمة فلم يوجب إلا إحالة الدعاوى التي كانت قائمة أمام اللجان القديمة إلى اللجان الجديدة ، أما الدعاوى القائمة أمام المحاكم فلم يتعرض لها على اعتبار أنها كانت مقبولة وقت رفعها وقبل العمل بالقانون الجديد ، وعلى اعتبار أن أعمال القانون الجديد في صددتها يؤخر نظرها ولا يحقق ما ابتغاه المشرع بالفعل من ذلك القانون (٣) ، كل هذا فضلا عن أنه لا تتصور ثمة إحالة من محكمة تتبع جهة قضائية إلى لجنة ولو كان اختصاصها قضائياً (٤) ، ولهذا لم يوجب القانون الجديد إلا إحالة الدعاوى القائمة أمام اللجان القديمة بعد الغائها .

أما إذا رفعت الدعوى إلى محكمة ما بعد نفاذ القانون الجديد الذي يوجب طرحها أولاً على اللجنة وإلا كانت غير مقبولة ، فإن تلك المحكمة

(١) (٢) راجع دراسة تفصيلية في هذا الموضوع في كتاب التعليق على نصوص قانون المرافعات - الجزء الأول - عن المادة الأولى ، وقارن حكم المحكمة العليا المشار اليه .

(٣) راجع المذكرة التفسيرية المشار إليها في رقم ٥٥ .

(٤) أنظر كتاب التعليق في صدر المادة ١٣٧ و ١٣٨ - وذلك لاختلاف الاجراءات المتبعة أمام كل جهة في رفع الدعوى أو نظرها .

تقضى بعدم قبولها ، ولا تملك الإحالة إلى اللجنة (عملا بالمادة ١٣٥) لأن محل إعمال هذه المادة عندما تقضى المحكمة بعدم الاختصاص النوعي أو المحلي ، ولا يجوز الإحالة إلا بعد الحكم بعدم الاختصاص لا الحكم بعدم القبول ، كما لا تملك المحكمة وقف السر في الدعوى عملا بالمادة ٢٩٣ حتى يستصدر الخصوم حكماً من اللجنة المختصة ، وذلك لأن وقف الدعوى للفصل في مسألة أولية مشروط بأن الدعوى الأصلية يجب أن تكون مقبولة أمام المحكمة التي تنظرها .

والعبرة في تحديد الوقت الذي تعتبر فيه الدعوى مرفوعة أو غير مرفوعة هو بتاريخ تقديمها إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم عنها كاملاً عملاً بالمادة ٧٥ من قانون المرافعات معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، ولو كان قد تم إعلان صحيفتها للمدعي عليه بعد نفاذ القانون الجديد ، وذلك لأن القانون رقم ١٠٠ قد قصد ألا يعتد إلا بتاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم عنها كاملاً عند تحديد الوقت الذي تعتبر فيه الدعوى قد رفعت .

٣١ - أثر اختصاص اللجنة في ولاية المحاكم لا يعتد بأى اتفاق ينزع اختصاص اللجنة :

لا يترتب على تحديد الاختصاص المتقدم للجنة عملاً بالمادة الثانية من القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ نزع الاختصاص به من المحاكم ، وإنما هذا الاختصاص يثنى مجرد دفع بعدم قبول الدعوى أمام المحاكم ، لأنها لا تملك الفصل فيما تختص به اللجنة إلا بعد صدور قرارها في صدره . فالمادة الخامسة من القانون المتقدم تنص على أنه لا يجوز لدوى الشأن الالتجاء إلى الجهات القضائية قبل طرح النزاع على اللجنة وصدور قرارها فيه . كما تنص على أن قرار اللجنة لا يحول دون طرح النزاع أمام الجهات القضائية المختصة .

ومن ثم لا يجوز طرح النزاع أمام المحاكم إلا بعد رفعه أولاً إلى اللجنة وبعد صدور قرار موضوعي في شأنه . ولا يلزم تنفيذ القرار لقبول الدعوى أمام المحاكم ، بل يكفي مجرد صدور القرار الموضوعي من اللجنة ولو لم يعلن إلى الخصوم .

وإذا رفع النزاع الى المحكمة المختصة وجب عليها الحكم بعدم قبول الدعوى .
وعلى المحكمة الحكم بعدم القبول من تلقاء نفسها ، ولكل خصم في الدعوى
أن يدل بالدفع في أية حالة تكون عليها الاجراءات ولو لأول مرة أمام
محكمة الدرجة الثانية (المادة ١٤٢ من قانون المرافعات) . وهذا الدفع يتصل
بالنظام العام لأن المشرع قد قصد بتشكيل اللجنة المتقدمة وبتحديد اختصاصها
على ذلك النحو التخفيف على المحاكم ، كما قصد به رعاية الأمن والنظام
وحمايته ودرء الجرائم قبل وقوعها ، بحسم النزاع على وجه السرعة (راجع
المذكورة التفسيرية للقانون رقم ٤٧٦ لسنة ١٩٥٣) . ثم قد يرتضى الخصوم
بقرار اللجنة فلا يتصور ثمة ما يدعو بعدئذ للالتجاء الى القضاء ، فلا تتصور
مصلحة اذن في الالتجاء اليه أول الأمر . وجدير بالذكر أنه لا يعتد بأى
اتفاق ينزع اختصاص اللجنة المتقدمة ، سواء تم هذا الاتفاق في صلب عقد
الاجار أم بعده ، لأنه يخالف النظام العام على ما قدمناه ، وعلى ما ذكرناه
في المقدمة .

وإذا لجأ شخص الى اللجنة ثم نزل عن الخصومة في الطلب (أى ترك
الخصومة أمامها دون أن ينزل عن أصل الحق الذى يدعيه) فإنه لا يملك
بعدئذ الالتجاء الى المحاكم ، إذ لا تقبل دعواه إلا اذا قدم طلبه الى اللجنة
وأصدرت اللجنة قرارها الموضوعى في صده .

وإذا رفع شخص دعوى الى القضاء أثناء نظر ذات الطلب المرفوعة
به الدعوى أمام اللجنة فإن على المحكمة الحكم بعدم قبول الدعوى ، على الرغم
من أن الطلب معروض على اللجنة ، لأن نص المادة الخامسة من القانون
يقرر صراحة عدم جواز الالتجاء الى القضاء قبل طرح النزاع على اللجنة
وصدور قرارها فيه .

وإذا رفع شخص دعواه الى القضاء أثناء نظر ذات الطلب المرفوعة
به الدعوى أمام اللجنة ، وفي اليوم المحدد لنظر الدعوى كان قد صدر قرار
اللجنة ، فلان الدعوى لا تقبل على الرغم من ذلك ، لأن العبرة بيوم رفعها
لمعرفة ما اذا كانت مقبولة أو غير مقبولة ، ولأن المشرع يتطلب صراحة
أن يكون قد صدر قرار اللجنة قبل الالتجاء الى القضاء ، ولأن هذه القاعدة
متصلة بالنظام العام . كل هذا على الرغم من أن الفقه والقضاء يتجه الى قبول

الدعوى اذا استكملت أثناء نظرها شروط قبولها ، ولو كانت قد رفعت دعوى دون استكمال هذه الشروط ، وذلك على اعتبار أن القاعدة التي تقرر أن العبرة بوقت رفع الدعوى لمعرفة ما اذا كانت مقبولة أو غير مقبولة لا يجوز الاحتجاج بها ضد المدعى لأنها مقررة لمصلحته حتى لا يضار من تأخير الأجراءات القضائية أو مشاكسة خصمه ، وعلى اعتبار أنه ليس من حسن العدالة أن يتحمل المدعى مصاريف دعوى جديدة يجوز له أنه يرفعها في نفس الوقت الذي يقضى فيه بعدم قبول دعواه (١) .

واذا رفعت الدعوى أمام القضاء بطلبات متعددة ، وكان من بينها ما يجب حرضه أولا على اللجنة لاصدار قرار فيه فإن المحكمة لا تقضى إلا بعدم قبول تلك الطلبات دون باقى الطلبات الأخرى .

ولذا رفعت الدعوى مباشرة إلى المحكمة ، ثم نزل عنها المدعى متنبها الى وجوب رفعها أولا الى اللجنة ، وتمسك المدعى عليه بالحكم بعدم قبولها معترضا على الترك ، فان المحكمة لا تعند باعتراضه عملا بالمادة ٣٠٩ وتقضى باعتناء الترك ، وبذا يتمكن المدعى من استرداد الرسوم في الاحوال التي يجيز فيها المشرع ذلك .

واذا رفعت الدعوى مباشرة الى المحكمة ، وتقدم الطرفان بمشروع صالح لإقراره من المحكمة عملا بالمادة ١٢٤ من قانون المرافعات ، فان المحكمة تملك اقرار الصلح على الرغم من أن الدعوى غير مقبولة أمامها بسبب وجوب رفعها أولا الى اللجنة ، وذلك لأنه لا يشترط لأعمال المادة ١٢٤ أن يكون موضوع الصلح نما تختص به المحكمة ، أو مما طرح بالفعل أمامها ، أو مما يقبل نظره ، كل هذا بشرط ألا يتضمن ما يخالف النظام العام (٢) .

واختصار الاجراءات وتفادى الخصومة على الوضع المتقدم هو الغرض الذي يسعى اليه المشرع في القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ ، فلا يتصور أن يكون اقرار الصلح من جانب المحكمة معطلا لهذا القانون ، أو متنافيا معه .

(١) أنظر كتاب التليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الأول في صدد المادة الرابعة والارابع والأحكام المشار اليها .

(٢) نظرية الاحكام رقم ٢٨

ومتى رفع الطلب الى اللجنة ، وصدر فيه قرارها الموضوعي ، يجوز
الالتجاء الى القضاء ورفع النزاع الى محكمة الدرجة الأولى ، على أن يحدد
الطلب أمامها ، دون أن يظعن في قرار اللجنة على النحو الذي ندرسه في
الفقرة التالية .

وجدير بالذكر أنه يجب أن يرفع الى المحكمة بعد صدور قرار اللجنة
ذات الطلب الذي سبق الأدلاء به أمامها ، بمعنى أن يتحد هذا وذاك من
حيث الموضوع والسبب والأطراف ، فإذا رفع المجر دعوى على أحد
المستأجرين أمام اللجنة وأصدرت فيها قرارها ، فإنه لا يملك بعدئذ الا رفع
الدعوى أمام المحكمة على هذا المستأجرو حده ، ودون اختصاص من لم يختصمه
أمام اللجنة . وإذا رفع شخص دعوى أمام اللجنة ، فأصدرت قرارها
فيها ، فإنه لا يملك عند رفع الدعوى الى القضاء الادلاء بطلب آخر غير
الذي كان قد تقدم به الى اللجنة وإلا قضت المحكمة بعدم قبوله ، كذلك
يجب أن يتطابق الطلبان من حيث سبب كل منهما .

ونرى أن العدالة تقتضي عدم الالتزام بحرفية المقرر في القانون رقم ١٤٨
لسنة ١٩٦٢ اذا ما استجد ، بعد صدور قرار اللجنة ، وأثناء نظر الدعوى أمام
القضاء ما يبرر تعديل نطاق الطلب الذي كان مقدماً الى اللجنة أو الاضافة
اليه أو تعديل سببه والاضافة اليه لظروف جدت . ولا نرى عندئذ الحكم
بعدم قبول الطلب ، وانما يحكم فيه بسبب دواعي الارتباط وما يقتضيه
وبسبب عدم تقطيع أوصال القضية الواحدة ولأن الاعتبارات التي تستوجب
رفع النزاع الى اللجنة قبل الالتجاء الى القضاء غير متوافرة فيما نحن بصددده^(١).

وجدير بالذكر أنه اذا رفع النزاع أولاً الى المحكمة فإنها لا تملك وقف
الدعوى عملاً بالمادة ٢٩٣ حتى يفصل في النزاع أولاً من اللجنة ، لأن الوقف
للفصل في مسألة أولية لا يجوز الا اذا كانت الدعوى مقبولة أمام المحكمة
كما أنه اذا قضت المحكمة بعدم القبول فإنها لا تملك احالة النزاع الى اللجنة
لأن الاحالة عملاً بالمادة ١٣٥ لا تجوز الا عند الحكم بعدم الاختصاص النوعي

(١) راجع مقلناه في رقم ٥٧

أو المحلى - وليس عند الحكم بعدم القبول - هذا فضلاً عن أن الاحالة لا تجوز من محكمة تتبع جهة قضائية الى لجنة ولو قضائية لاختلاف الاجراءات المتبعة أمام كل منهما (١)

٦٢ - أثر اختصاص اللجنة في ولاية القضاء المستعجل - طبيعة اللجنة وكونها هيئة قضائية وليست هيئة ادارية :

قبل أن نتناول دراسة أثر اختصاص اللجنة في ولاية القضاء المستعجل والقضاء من قبل تؤكد ما قرره الفقه والقضاء من أن تلك اللجنة انما هي في واقع الأمر هيئة قضائية (٢) وليست هيئة ادارية ، لأنها تباشر اختصاصاً هو في واقع الأمر متصل بحسم خصومة بين طرفين على مسألة قانونية ، وإن كان قرارها فيه لا يحوز إلا حجية مؤقتة ، ولأن تشكيلها تغلب عليه الصفة القضائية ، ولأن التبعية تنعدم بينه وبين أية هيئة ادارية ، فالحفاظ بمقتضى المادة الأولى من القانون لا يملك إلا تجرد إصدار القرار بتشكيل اللجنة وتعيين العدد الكافي من الموظفين للقيام بالأعمال الادارية والكتائية للجنة ، وليس له أى سلطان في اختيار هؤلاء الأعضاء لأن نذب القاضى وعضو النيابة يتم عن طريق وزير العدل والنائب العام ، على التوالى ، ولأن مفتش الزراعة بالمركز يعين في الأصل بوساطة وزير الزراعة ، ويتولى حتماً عمله في اللجنة بحكم وظيفته وصفته وفضلاً عن كل ما تقدم فإن المشرع قد اختار في صياغة القانون عبارات تقطع في الدلالة على أن تلك اللجنة هي في الواقع هيئة قضائية ، فهو يقرر على سبيل أن المنازعة ترفع الى اللجنة بطلب وأن تكون جلساتها علنية . وأن يكون حضور الخصوم بأنفسهم أو بوكلاء عنهم من الحامين . وأن يكون للجنة التحقق من صحة الاعلان . وأن يكون لها سماع أقوال من ترى ضرورة سماع أقواله من غير الخصوم بعد حلف الجمين (٣) ، (٤)

(١) راجع ما قدمناه تفصيلاً في هذا الصدد في رقم ٦٠ م .

(٢) راتب ونصر الدين كامل رقم ١٤٩

(٣) راجع حكم محكمة الزقازيق الابتدائية هيئة استئنافية في القضية رقم ٤ لسنة ١٩٥٧

في ٢٣ فبراير ١٩٥٧ - والحكم أشار اليه كتاب راتب ونصر الدين كامل رقم ١٤٩

(٤) واضح أن الرأي الثابت في المتن قد احتد في مجال التفرقة بين القرار الإدارى والقرار القضائى بالمعيار الموضوعى والمعيار الشكلى معا ، فضلاً عن الاعتماد بالقرائن المتصلة بذات نصوص القانون .

وبطبيعة الحال ، لا يعتبر الفصل في الطلب من اللجنة استنفاد للدرجة من درجات التقاضي ، فكأن اللجنة بمثابة هيئة قضائية ليس معناها أنها تعتبر بمثابة محكمة من محاكم الدرجة الأولى التابعة للجهة القضاء العادى . كما أن الالتجاء الى القضاء بعد صدور قرار اللجنة لا يعد في واقع الأمر بمثابة تظلم أو طعن في قرار تلك اللجنة وإنما هو بمثابة إدلاء بطلب يرفع الى المحاكم للمرة الأولى ، ويصدر فيه حكم يخضع للقواعد العامة في الطعن ويكون قابلاً للاستئناف بحسب القواعد العامة .

ولما تقدم يتضح أن القضاء المستعجل باعتباره فرعاً من جهة القضاء المدني يملك الأمر بالأجراءات الوقتية التي تتصل بالقرار القضائي الصادر من اللجنة في الحدود المرسومة لاختصاصه الوقتي (١) ، على النحو الذي نراه تفصيلاً فيما يلي .

كل هذا على الرغم من أن القانون رقم ١٤٨ يقرر صراحة أن قرار اللجنة مؤقت حتى يصدر الحكم الموضوعي من المحكمة وعلى الرغم من أن الاجراءات المقررة أمام اللجنة هي في الحقيقة اجراءات تنسم بطابع السرعة ، وذلك لأن تلك الأسباب لا تنفي اختصاص القضاء المستعجل ، وهو دعامة أساسية تطمئن سائر المتقاضين على السواء . فاللجنة وإن كان قرارها وقتياً إلا أن حقيقة الطلب المقدم اليها موضوعي في أكثر حالات اختصاصها ، هذا فضلاً عن أن اجراءاتها السريعة لا تنسم على الرغم من ذلك بطابع سرعة الاجراءات المستعجلة .

واذا كان المشرع قد قصد باختصاص اللجنة عما اختصاصت به توفر جهد المحاكم بالإقلال من القضايا المطروحة عليها فإن ذلك لا يتعلق إلا بالقضايا الموضوعية ، أما القضايا المستعجلة فإنه لا يغني عنها الالتجاء الى اللجنة ، ولا يغني عنها صدور قرار منها ، بل لا يغني عنها صدور حكم من محكمة الموضوع ، وفقاً لما سوف نراه .

ويجته التطبيق العملي الى تثبيت اختصاص القضاء المستعجل على الوجه التالي .

(١) المرجع السابق رقم ١٤٨

ولما كان الأصل أيضاً أن جهة القضاء العادى هى المختصة فى كل ما اتصل بالمنازعات الزراعية ، فإن القضاء المستعجل بوصفه فرعاً منها يملك اختصاصاً كاملاً فى هذا الصدد .

٦٣ - اختصاص القضاء المستعجل فى أحوال لا تتصل بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ :

مما لا شبهة فيه ولا خلاف أن القضاء المستعجل يختص بسائر الدعاوى المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت متى كانت لا تتصل بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ ، كما اذا امتنع المالك عن تسليم الأرض المؤجرة فى الوقت المتفق عليه ، بشرط توافر شروط الاختصاص ، كما يختص بالمفاضلة بين الجارتين أو أكثر للفصل فى النزاع على تسليم الأرض المؤجرة ، بشرط عدم المساس بأصل الحق .

وإذا رفع الى القضاء المستعجل طلب وقى ، وحصل التمسك بعدم اختصاص القضاء المستعجل لتعلق النزاع بما يدخل فى اختصاص اللجنة عملاً بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ فإن العبرة بكون هذا النزاع جدياً أو غير جدى ، فإذا كان نزاع غير جدى وكان الوضع القانونى ظاهراً لا يحتاج الى أى بحث أو تأويل جاز للقضاء المستعجل الاعتماد بالحالة الظاهرة .

٦٤ - اختصاص القضاء المستعجل بإثبات وقائع للاستناد إليها فى نزاع موضوعى مستقبل ولو كان مما تختص به اللجنة :

لما كانت القاعدة الأساسية فى التشريع أن القضاء المستعجل يملك نظر الدعاوى بطلب إثبات وقائع للاستناد إليها فى نزاع موضوعى مستقبل ، فإن هذا القضاء يختص ، متى توافرت الشروط المقررة ، ولو كان ذلك النزاع الموضوعى مما يدخل فى اختصاص اللجنة ، بل ولو طرح النزاع بالفعل عليها ، لأن رفع النزاع الموضوعى لا ينزع اختصاص القاضى المستعجل عملاً بالمادة ٤٩ مرافعات ، ولأن اختصاص القضاء المستعجل المتقدم لا يمس على وجه الإطلاق اختصاص اللجنة . فمثلاً يجوز الالتجاء الى القضاء المستعجل لإثبات سوء حالة الأرض المؤجرة تمهيداً للحكم الموضوعى بنقل الحياة لسوء استخدام السلف النقدي عملاً بالفقرة (د) من المادة الثالثة من القانون رقم ١٤٨

٦٥ - اختصاص القضاء المستعجل فيما ورد في القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ :

رأينا أن اختصاص محكمة ما بنظر منازعات موضوعية معينة لا ينزع اختصاص القضاء المستعجل بنظر الأمور الوقتية ، ومتى اعتبرت اللجنة المتقدمة من قبيل الهيئات القضائية على النحو المتقدمة دراسته (١) ، فإن القضاء المستعجل يكون له الاختصاص الوقفي الكامل ولو في صدد ما قرره القانون المتقدم فليس ثمة ما يمنع القاضي المستعجل من الحكم بطرد المستأجر اذا تضمن العقد نصاً على الشرط الفاسخ الصريح اذا خالف المستأجر الالتزامات المفقاة عليه ، وكان قد أجر من الباطن مخالفاً النص الأمر المتصل بالنظام العام . بعدم جواز تأجير الأرض الزراعية إلا لمن يتولى زراعتها بنفسه (الفقرة الأولى من المادة ٣٢ من قانون الاصلاح الزراعي) وكل هذا مشروط باحترام الضوابط المقررة ، بحيث يكون التأجير من الباطن منطوياً على مخالفة من شأنها أن تحقق الشرط الفاسخ الصريح فتجعل العقد مفسوخاً تلقائياً (٢)

كما يملك القضاء المستعجل الحكم بطرد المستأجر الذي نخل بالتزامه بالوفاء بالأجرة المحددة طبقاً للقانون ولو كان العقد غفلاً من النص على الشرط الصريح الفاسخ ، وذلك متى كان عقد الاجار ممتداً بقوة قانون الاصلاح الزراعي ومتى ثبت لإخلال المستأجر بالوفاء طبقاً للقانون (٣) . وكقاعدة عامة انشاء اللجنة المتقدمة لا يمنع اختصاص القضاء المستعجل بالمنازعات الخاصة بطرد المستأجر عند انتهاء العقد متى توافر الاستعجال وانعدام النزاع الحدى في واقعة انتهاء العقد . ومن ثم اذا رفع المؤجر دعواه ضد المستأجر طالباً طرده استناداً الى انتهاء العقد ، فتمسك المستأجر أن العقد قد امتد عملاً بالمادة ٣٩ م (١) من قانون الاصلاح الزراعي (معدلة بالقانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٦٢) وأصر المؤجر أن العقد انتهى بسبب عدم الوفاء بالأجرة طبقاً للقانون أو بسبب أن العقد لا تسري عليه المادة ٣٩ م (١) لأنه لا يتعلق بأرض زراعية ، بل يتعلق مثلاً بأرض داخل كردون المدينة ، فإن القاضي المستعجل يفحص هذا النقاش من ظاهر المستندات ، فإن استبان له جدية ما يقرره المؤجر قضى بطرد المستأجر (٤) .

(١) في رقم ٦٢

(٢) راتب ونصر الدين كامل رقم ٢٢٧

(٣) ، (٤) للمرجع السابق رقم ٢٤٠ ورقم ٢٦٢ والأحكام المشار إليها .

هذا مع ملاحظة أن القانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٦٢ الصادر في ٤ أكتوبر سنة ١٩٦٢ ، لا ينص على أنه عند إخلال المستأجر بالتزاماته يعتبر العقد منتهياً من تلقاء ذاته فمحسب ، بل ينص أيضاً على أن ذلك دون حاجة الى أعذار أو التجاء الى القضاء .

٦٦ - اختصاص القضاء المستعجل بعد انتهاء العلاقة الإيجارية بإعادة المستأجر :

إذا امتد عقد الإيجار بقوة قانون الإصلاح الزراعي ، وعلى الرغم من ذلك اتفق المستأجر مع المؤجر على إنهاء الإيجار في تاريخ معين ، وكان ذلك الاتفاق قد تم بطبيعة الحال بعد صدور القانون بمد الإيجار بقوته فإن المستأجر لا يملك بعدئذ التحدى بقانون الإصلاح الزراعي الذي يوجب المد بقوته ، ويكون قد تخلى عن حماية المشرع له ، وعندئذ يملك القضاء المستعجل الحكم بطرده ، بشرط التحقق من أن النزول عن الإيجار قد تم بعد صدور القانون بمد الإيجار وذلك لأن المشرع حين يأمر بامتداد عقود الإيجار جبراً إنما يراعى جانب المستأجر قاصداً حمايته ورعايته ، وبنزوله عن هذا الحق تزول صفته كمستأجر مما يحق طرده متى انقضى الميعاد المحدد لإنهاء العقد . أما إذا نشأ نزاع جدي حول حصول الاتفاق المتقدم أو عدم حصوله بأن أنكره المستأجر أو ادعى بزويره ، امتنع على القاضى المستعجل الحكم بالطرد .

٦٧ - اختصاص القضاء المستعجل بالاشكالات الوقية عند تنفيذ قرارات اللجنة ، أو بعدم الاعتداد بقرارها المعدوم :

لا شبهة في اختصاص القضاء المستعجل بنظر الاشكالات الوقية عند تنفيذ قرارات اللجنة ، فهذه الاشكالات لا تعد من قبيل التظلم من القرار المراد تنفيذه ، وإنما هي تتعلق بالمنازعات الوقية بصدد توافر شروط التنفيذ أو عدم توافرها ، ويقضى في شأنها بوقف التنفيذ مؤقتاً أو بالاستمرار فيه ريثما يفصل في أصل الحق وهو هنا الاشكال الموضوعي في التنفيذ (١)

(١) راجع كتاب اجراءات التنفيذ رقم ١٥٠ وما يليه والمراجع والأحكام المشار اليها .

والحدير بالذكر أن وقف التنفيذ يتم أمام القضاء المستعجل بماله من ولاية عامة في هذا الصدد ، ولا يتصل عن قريب أو بعيد بذلك الحق الخول للمحكمة التي تنظر النزاع في وقت تنفيذ قرار اللجنة عملاً بالمادة الخامسة من القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ فهذه المحكمة لا تملك الحكم بوقف التنفيذ إلا إذا تم الإدلاء بالطلب في صحيفة الدعوى الموضوعية ولا تحكم به المحكمة إلا إذا كان يترتب على التنفيذ أضرار لا يمكن تلافيها ، ويعتبر حكم وقف التنفيذ كأن لم يكن بقوة القانون متى وقف سير الدعوى بفعل المدعى أو إذا نزل عنها أو شطبت . كل هذا بينما وقف التنفيذ أمام القضاء المستعجل لا يشترط فيه ما تقدم ، بل لا يقبل الطلب أمام ذلك القضاء إذا كان مبناه أن التنفيذ يترتب عليه ضرر لا يمكن تلافيه ، وإنما يقبل الطلب إذا تبين للقاضي المستعجل تخلف شرط من شروط التنفيذ على النحو المتقدم ذكره .

ومما لا شك فيه أن القاضي المستعجل يملك وقف تنفيذ القرار إذا استبان له أنه معدوم ، أي كانت وجهة النظر في تكييف طبيعة قرار اللجنة وكونه قضائياً أم إدارياً ، ويملك الحكم بعدم الاعتداد به (١) .

كما يملك القاضي المستعجل وقف التنفيذ إذا تبين له أن القرار باطل ، على اعتبار أنه صادر من هيئة قضائية وفقاً لما تقدمناه (٢) .

ومن باب أولى يملك القضاء المستعجل وقف تنفيذ القرار ، أو عدم الاعتداد به إذا استبان له أن اللجنة قد فصلت فيما لا يدخل في اختصاصها على وجه الإطلاق .

٣٨ — ما تختص به اللجنة على الرغم من صدور قرارها في النزاع :

إذا أصدرت اللجنة قرارها عملاً بالقانون المتقدم ، وعلى الرغم من عدم قابليته لأي طعن ، فإنها مع ذلك تملك نظر الطلبات الآتية بصدده عملاً بالأصول العامة :

(١) (٢) راجع ما تقدمناه في رقم ٦٢ — وأنظر حكم محكمة الزقاقين الابتدائية بجهة استئنافية ٢٩ أكتوبر ١٩٦١ في الاستئناف رقم ٤٨٩ سنة ١٩٦٠

٦٩ - (١) طلب تفسير منطوق القرار :

يجوز لكل ذي مصلحة من الخصوم أن يطلب من اللجنة تفسير منطوق قرارها إذا شابه ليس أو غموض . ويقدم الطلب بالاجراءات المقررة . ويعتبر القرار الصادر بالتفسير من كل الوجوه متمماً للقرار الذى يفسره ويسرى عليه ما يسرى على هذا القرار من حظر يتصل بعدم قابليته لأى تعظم . كل هذا بشرط إلا يتخذ تقديم هذا الطلب ذريعة للتوصل الى تعديل قرار اللجنة الأصيل وهذا مما لا تملكه هى بسبب استنفاد ولايتها بالنطق به وإذا كان مطلوب الخصم هو فى الواقع تعديل قرار اللجنة فلأنها تأمر بعدم قبول طلب التفسير .

٧٠ - (٢) طلب تصحيح ما يقع فى منطوق قرار اللجنة من أخطاء مادية بحجة حسائية أو كتابية مؤثرة فى التنفيذ :

مما لاشك فيه أن اللجنة عملاً بالقواعد الأساسية فى المرافعات (راجع المادة ٣٦٤) تملك تصحيح ما يقع فى منطوق قرارها من أخطاء مادية بحجة ، كتابية أو حسائية ، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مراعاة ، ويجرى كاتب اللجنة هذا التصحيح على نسخة القرار الأصلية وبوقعه هو ورئيس اللجنة .

ولما كان التصحيح المتقدم لا يعد من قبيل الطعن فى القرار فإن طلب التصحيح يقبل على الرغم من عدم قابلية القرار لأى طعن ، بشرط أن المنطوق أو الأسباب ، المكتملة له مشوبة بخطأ مادي - كتابي أو حسائي - كالتخطأ فى عملية حسائية مثلاً .

وكل هذا مشروط بعدم المساس بحجية القرار الأصيل بتعديله أو تعديله الأسس التى قامت عليه .

٧١ - (٣) طلب نظر ما أغفلت اللجنة الفصل فيه :

إذا تقدم شخص الى اللجنة بعدة طلبات ، ثم أغفلت الفصل فى احداها جاز له إعادة تجديد الطلب لها . بشرط أن يكون الطلب طلباً أصلياً والإغفال لإغفالاً كلياً ، بحيث لا تكون اللجنة قد فصلت ، فى الطلب بصورة

ضمنية كأن تكرر رفضته ، وكان هذا واضحاً من قولها مثلاً « ورفض فيما عدا هذا من الطلبات ... الخ .. » كذلك اذا تقدم الشخص بدفع ، لم تشر اليه اللجنة ، فعني هذا انها رفضته بصورة ضمنية ، ولا يجوز بصده اعادة تجديد النزاع .

وصورة اغفال أحد الطلبات الموضوعية أن يتقدم المدعى مثلاً بطلب حسم الخلاف حول مساحة الأرض المؤجرة وطلب تحديد المصروفات التي يجوز قانوناً اضافتها الى الايجار النقدي ، فتفصل اللجنة في أحد الطرفين دون الطلب الآخر .

والقاعدة المتقدمة مقررّة بنص المادة ٣٦٨ من قانون المرافعات .

وبداهة لا يعتبر إعادة تقديم ما أغفلت اللجنة نظره من الطلبات من قبيل الطعن في قرارها ، وانما هو جائز لانه لا يمس حجية ذلك القرار الذي أغفل الفصل في الطلب عن غير قصد ، ولا يعد من قبيل تجريجه .

يقدم الطلب بالاجراءات المقررة أمام اللجنة .

٧٢ - لا تملك اللجنة نظر الاشكالات الموضوعية عند تنفيذ قرارها أو الحكم ببطالانه أو انعدامه اذا كانت المادة ١/٤٧٩ من قانون المرافعات تنص على أن الاشكالات الموضوعية في تنفيذ حكم ما يرفع الى ذات المحكمة التي أصدرته ، فان هذا مشروط بان تكون تلك المحكمة مختصة بها اختصاصاً متعلقاً بوظيفتها ، ولما كانت اللجنة المتقدمة لا تختص الا بما قرره القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ فإنها لا تملك بأى حال من الأحوال نظرتك الاشكالات كل هذا مع التسليم بأن تلك الاشكالات لا تعد من قبيل التظلم في القرار المراد تنفيذه .

كما لا تملك اللجنة للأسباب المتقدمة الحكم ببطالان قرار صادر منها أو من غيرها من اللجان ، أو الحكم بانعدامه .

الفصل الثاني

الاجراءات المقررة امام اللجنة

٧٣ - رفع الطلب إلى اللجنة - بياناته - أثر رفعه :

تنص المادة السادسة من القانون على أن المنازعة ترفع إلى اللجنة بطلب يقدم من ذوى الشأن إلى سكرتريتها دون رسوم .

ويتعين أن يحجر الطلب من أصل وعدد من الصور بقدر عدد المدعى عليهم وعدد أعضاء اللجنة ، سواء الاعضاء الاصليين أم أولئك المندوبون عن الوزارات والمصالح المشار إليها في المادة الأولى .

ولا يترتب ثمة بطلان اذا لم يقدم المدعى العدد المتقدم من الصورة بما يكفى أعضاء اللجنة ، ويكون على سكرتارية اللجنة أن تكلفه باستكمال العدد المطلوب ، ولو كان ذلك بعد رفع المنازعة .

وانما لا يقبل الطلب إذا لم يقدم المدعى الصور الكافية لإعلان المدعى عليهم بها . ويجب أن يشتمل على البيانات العامة المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم ، وموطن مختار للمدعى في البلدة التي بها مقر اللجنة ، وموضوع الطلب وقائع الدعوى وادلتها والمستندات المؤيدة لكل ذلك .

ومن ثم يتعين أن يذكر في الطلب البيانات الآتية :

١ - اسم المدعى ولقبه واسم الشهرة ان كان ، والصفة التي يعمل بها واسم من يمثله وموطنه .

٢ - اسم المدعى عليه ولقبه واسم الشهرة إن كان وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته وموطنه الخ....

٣ - موطن مختار للمدعى فى البلدة التى بها مقر اللجنة إذا لم يكن بها موطنه الاصلى .

٤ - وقائع الدعوى وادلتها وطلبات المدعى واسانيدها .

ويجب أن ترفق بالطلب سائر المستندات المؤيدة له .

ولما كان المقصود من البيانات المتعلقة بكل من المدعى والمدعى عليه هو التعريف بهذا أو ذاك ، فلا يترتب ثمة بطلان الا إذا كانت تجهل به :

ولا يترتب ثمة بطلان إذا لم يحدد المدعى له موطناً مختاراً على النحو المتقدم

كالا يترتب ثمة بطلان إذا لم يذكر المدعى موضوع المنازعة بالتفصيل مكتفياً بذكر مطلوبه والمستندات التى تؤيده .

وعلى أى حال إذا حضر المدعى عليه فى الجلسة جاز استكمال البيانات فى مواجهته وتصحيحها (راجع الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قانون المرافعات مضافة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ التى تجيز تصحيح الاجراء الباطل بشرط أن يتم التصحيح فى خلال الميعاد المقرر لاتخاذها) .

وعلى سكرتارية اللجنة أن تعطى الطالب إيصالاً بتاريخ تقديم الطلب ما أرفق به من مستندات .

والجدير بالذكر إن تقديم الطلب على النحو المتقدم يقطع مدة التقادم السارية لمصاحبة المدعى عليه ، لأن القانون يوجب الالتجاء إلى هذا الطريق قبل رفع الدعوى إلى القضاء .

ويجب عرض الطلب على رئيس اللجنة خلال ٢٤ ساعة من تاريخ تقديمه لتحديد جلسة لنظر المنازعة فى موعد لا يتجاوز أسبوعاً من تاريخ تقديم الطلب .

ولما كان هذا الميعاد أو ذاك قد قصد به مجرد تعجيل الفصل فى المنازعة فانه لا يترتب ثمة بطلان عند مخالفته .

وتنص المادة ٧/٢ على أن يتولى سكرتارية اللجنة اعلان الخصوم بالطريق الإداري بصورة من الطلب وبتاريخ الجلسة قبل موعدها بأربع وعشرين ساعة على الأقل .

وإذا تمسك المدعى عليه أمام اللجنة بأنه لم يمنح الميعاد المتقدم للحضور وجب تأجيل نظر المنازعة إلى جلسة تالية احتراماً لحقوق الدفاع .

وإذا كان المدعى عليه يقيم في غير البلدة التي بها مقر اللجنة وجب أن تراعى سكرتاريتها إضافة ميعاد مسافة إلى الميعاد المتقدم حتى يفيد من الميعاد كاملاً ، وحتى تحترم الأصول العامة في التقاضي ، ذلك لأن القانون يوجب إضافة ميعاد مسافة إلى سائر المواعيد المقررة للحضور أو لاتخاذ الإجراءات (راجع المادة ٢١) .

ويحتسب الميعاد المتقدم بالساعات عملاً بالمادة ٢٠ ، ولا يحتسب اليوم ، ومن ثم لم تحتسب الساعة المقررة للحضور ، ويحتسب أربع وعشرون ساعة قبلها ، فإذا كان حضور الخصم واجباً مثلاً الساعة العاشرة من يوم ما جاز اعلانه في الساعة الثامنة من اليوم السابق عليه ، أما إذا احتسب الميعاد باليوم فلا يكون من الجائز اعلان الخصم في اليوم السابق لتاريخ الجلسة (١) .

وليس ثمة ما يمنع اللجنة من تأجيل نظر المنازعة وتمكين المدعى عليه من الاستعداد بمتمحه ميعاداً أطول من الميعاد المتقدم .

٧٤ - لا يلزم توقيع أحد المحامين على الطلب وإن كان لا يجوز للخصوم توكيل غير المحامين في الحضور عنهم أمام اللجنة :

لا يوجب القانون توقيع محام على الطلب المتقدم ، ومن ثم يكون صحيحاً بغير هذا التوقيع . كما لا يوجب ذلك قانون المحاماة . وإن كانت المادة ٨ التي تجيز حضور الخصوم بأنفسهم لا تجيز توكيل غير المحامين

(١) أنظر كتاب التليق على نصوص قانون المرافعات عن المادة ٢٠

في الحضور عنهم أمام اللجنة ماعدا الاقارب والاصهار إلى الدرجة الثالثة .
وهذه القاعدة منقولة عن المادة ٨١ من قانون المرافعات .

٧٥ - جلسات اللجنة علنية - وجوب التحقق من صحة اعلان من يتخلف عن الحضور من الخصوم :

تنص المادة الثامنة على أن جلسات اللجنة علنية . وعملا بالاصل العام في التشريع يجوز أن تأمر بنظر المنازعة في جلسة سرية - من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم - إذا كانت اعتبارات النظام العام تقتضي ذلك ، على أن يصدر قرار اللجنة في جميع الأحوال في جلسة علنية والاكان باطلا ، ولان المشرع عندما يوجب أن تكون الجلسة علنية انما يقرر ضمانا هامة للمتناقضين حتى يشرف الشعب على عمل اللجنة ويكون رقبيا عليها (١)

ويوجب القانون على اللجنة قبل الفصل في الطلب في غيبه من يتخلف عن الحضور من الخصوم التحقق من صحة اعلانه من تلقاء نفسها .

٧٦ - اجراءات الاثبات :

يجري القانون للجنة سماع أقوال من ترى سماع أقوالهم من الشهود ، وذلك بعد حلف اليمين ، هذا مع مراعاة قواعد القانون في صدد مايجوز اثباته بشهادة الشهود ، وما لا يجوز . وبعبارة أخرى ، يتعين على اللجنة أن تأخذ قواعد الاثبات الموضوعية عن القانون المدني أخذا صحيحا ، سواء فيما يتصل بقول دليل الاثبات أو عدم قبوله ، أو فيما يتصل بقوة ذلك الدليل .

ويتعين على اللجنة أيضا الاعتداد بقواعد قانون المرافعات فيما يتصل بما لايجوز سماع شهادته (راجع المادة ٢٠٣ ومايلها) (٢).

(١) المرجع المتقدم من المادة ١٢١

(٢) المرجع المتقدم من المادة ٢٠٣ ومايلها .

وتنص المادة الثامنة من القانون على أن اللجنة تملك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة الارض موضوع النزاع أو تندب لذلك أحد أعضائها أو غيرهم ويحضر محضر يبين فيه جميع الاعمال المتعلقة بالمعاينة ونتيجتها .

واذن يكون للجنة عملا بالنص المتقدم الانتقال الى أرض النزاع للمعاينة بنفسها أو بوساطة أحد أعضائها أو أحد ممن هو منتدب من الوزارات والمصالح المشار اليها في المادة الأولى من القانون أو أحد من الخبراء .

كما تجيز المادة الثامنة أيضا استجواب الخصوم .

وتجيز الفقرة الثانية من المادة الرابعة للجنة أن تستعين بمن ترى الاستعانة بهم من ذوى الخبرة من غير أعضائها ، سواء ممن له صوت معدود في المداولة أو ممن ليس له هذا الصوت .

وبعبارة عامة ، يكون للجنة اتخاذ ما ترى اتخاذه من اجراءات الاثبات سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم ، أو بناء على طلب أولئك المندوبين عن الوزارات أو المصالح المشار اليهم في المادة الأولى ، وذلك بقصد أن تستتر وتكون اقتناعها على أساس صحيح من القانون ، مراعية في ذلك ما يقبل من أدلة الاثبات وما لا يجوز قبوله عملا بقواعد القانون المدني .

هذا ويلاحظ أن المادة الرابعة من القانون تلزم الطرف الخاسر في النزاع باتعاب الخسارة ، وهي بهذا تضع قاعدة تخالف ما يقرره قانون المرافعات في الفصل المتعلق بمصاريف الدعوى ، فالمادة ٣٥٨ تنص على أن للمحكمة أن تحكم بالزام الخصم الذى كسب الدعوى بالمصاريف كلها أو بعضها اذا كان الحق مسلما به من المحكوم عليه أو كان المحكوم له قد تسبب في انفاق مصاريف لا فائدة فيها أو كان قد ترك خصمه على جهل بما كان في يده من المستندات القاطعة في الدعوى أو مضمون تلك المستندات ، والمادة ٣٥٩ تنص على أنه اذا أخفق كل من الخصمين في بعض الطلبات جاز الحكم بان يتحمل كل خصم مادفعه من المصاريف أو بتقسيم المصاريف بين الخصمين على حسب ما تقتضيه المحكمة في حكمها كما يجوز لها أن تحكم بمجموعها على أحدهما .

ونرى أنه يجوز للجنة الا تلتزم حرفية الفقرة الثانية من المادة الرابعة ، ذلك لأنها لا تقصد في الواقع الا تقرير القاعدة العامة في هذا الصدد ، دون اخلال بما تقتضيه الاعتبارات المقررة في المادة ٣٥٨ أو المادة ٣٥٩ من قانون المرافعات .

٧٧ — جواز ابداء طلبات عارضة :

يجوز لكل خصم ابداء طلبات عارضة بشرط أن تكون اللجنة مختصة . بها ، وبشرط أن تكون مرتبطة بالنزاع الأصلي حتى لا يتعطل الفصل فيه ، وذلك في الحدود والحالات المقررة في قانون المرافعات ، سواء بالنسبة للطلبات الإضافية التي يملك المدعى الادلاء بها بعد رفع الدعوى أو بالنسبة لدعاوى المدعى عليه ، أو حالات التدخل أو اختصاص الغير . (راجع المادة ١٤٣ من قانون المرافعات وما يلها) .

٧٨ — انعقاد اللجنة :

تنص المادة الثانية على أن تعقد اللجنة جلستها مرة كل أسبوع على الأقل خلال الشهرين السابقين على بدء السنة الزراعية والشهر الأول منها ثم تعقد جلستها بعد ذلك في المواعيد التي يحددها رئيس اللجنة طبقاً لاحتياجات العمل .

الفصل الثالث

قرار اللجنة

صدوره - عدم قابليته للطعن - تنفيذه وحجته

٧٩ - صدور القرار - بياناته - لا يصدر باسم الأمة :

رأينا أن قرار اللجنة يجب أن يصدر في جلسة علنية والا كان باطلا (١).

ونضيف أن القانون في المادة الرابعة منه يوجب أن يصدر القرار بأغلبية آراء أعضائها ، وإذن لا يلزم أن يصدر بإجماعهم . ولا يكون للأعضاء المندوبين من الوزارات والمصالح المذكورة في المادة الأولى صوت معدود ، وأن كان يجوز اشتراكهم في المداولات التي يجب أن تتم سرّاً بين سائر الأعضاء وحدهم دون أن يشترك معهم أى خبير ولو كان متنبهاً لأجراء عمل من أعمال الخبرة أمام اللجنة . فإذا اشترك في المداولة غير المتقدم ذكرهم كانت باطلة ، وتلغى سائر قرارات اللجنة الصادرة إثرها .

وإذا كان القانون يوجب صدور القرار في مدة لا تتجاوز ثلاثة أسابيع من تاريخ أول جلسة ، فإنه لا يترتب ثمة بطلان عند مخالفة هذا الميعاد ، فن الخبير أن يصدر قرار اللجنة ناطقاً بعدائه ولو تجاوزت الميعاد المتقدم ، من أن يصدر محترماً الميعاد محافياً العنالة .

والمقصود بالجلسة الأولى في المادة الرابعة ، هي الجلسة التي بدأت فيها المرافعة لا الجلسة التي تؤجل إليها لاعادة اعلان من لم يعلن من الخصوم أو من أعلن منهم بإجراء باطل ، اذ لا تملك اللجنة نظر الموضوع في هذه الجلسة ، فلا يصح أن تحاسب من بلاء تاريخها .

(١) راجع رقم ٧٥

والمقصود باصدار القرار في المادة الرابعة هو النطق به وكتابته على السواء (راجع المادة ٣٤٦ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) .

ويجب أن تم كتابة القرار وفقاً للقواعد المقررة بالنسبة لكتابه الاحكام . وهذه القاعدة ليست في حاجة الى نص يقررها ، فهي من الأسس الجوهرية في التقاضى . فلا يتصور قرار قابل للتنفيذ صادر في المنازعات المقررة في القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ دون أن يثبت به أسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم وموضوع المنازعة وما أدلى به كل منهم من طلبات ودفع واجراءات الاثبات التي أمرت بها اللجنة ، وما أسفر عنه التحقيق فيها ، والمستندات التي قدمها الخصوم ، وما تمسك به هؤلاء في جلسات اللجنة ، ومنطوق القرار والأسباب الواقعية والقانونية التي تبرره .

فيما يلي تفصيل لبيانات القرار :

١ - أسماء الخصوم وصفاتهم وحضورهم أو غيابهم واسم من حضر نيابة عنهم وصفته ، وموطن كل هؤلاء .

٢ - موضوع المنازعة ومطلوب كل خصم فيها .

٣ - ما أدلى به كل خصم من دفع أو طلبات وما قدمه من مستندات أو أوراق .

٤ - ما أمرت به اللجنة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم من اجراءات الاثبات وما أسفر عنه التحقيق في كل منها .

٥ - منطوق القرار .

٦ - أسباب القرار الواقعية والقانونية . وهذه لا تكتب الا بعد ذكر خلاصة ما قدمه الخصوم من طلبات أو دفاع أو دفع وخلاصة ما استندوا اليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية ومراحل الدعوى ، والحجج القانونية والأدلة الواقعية التي بنى عليها القرار .

٧ - تاريخ صدور القرار واللجنة التي أصدرته .

٨ - توقيع الرئيس وعضوى اللجنة دون توقيع المندوبين المشار إليهم في المادة الأولى . ويجب أن يوقع الكاتب على القرار أيضاً ، مع بيان أسماء أعضاء اللجنة والمندوبين والكاتب .

ويبطل القرار إذا كان مجهول باسماء الخصوم أو إذا لم يتضمن أسماء أعضاء اللجنة الذين أصدروا القرار ، أو توقيع الرئيس أو تاريخ صدور القرار ، فهذه كلها من البيانات الجوهرية .

كما يبطل إذا لم يشتمل على أسبابه أو كانت هذه الأسباب مشوبة بقصور واضح . فالمرجع إذا كان يتطلب عقد جلسات اللجنة علنية حتى يشرف الشعب على عملها ، ويكون رقيباً عليها ، وإذا كان يجوز للجنة أن تأمر بما ينع لها من إجراءات الإثبات فإن الغرض من كل هذا أن تصدر اللجنة قرارها مسبقاً ناطقاً بعدالته حتى تتحقق رقابة الشعب وحتى يطمئن الخصوم الى عدالة اللجنة ، وحتى يضمن المشرع عناية اللجنة في تقدير ادعاءات الخصوم وفهم ما أحاط بها من مسائل قانونية (راجع المادة ٣٤٩ من قانون المرافعات ، في صدد بيانات الحكم وبطلانه) (١) .

هذا ويلاحظ أن قرار اللجنة لا يصدر باسم الأمة ، لأن الذى يتعين أن يصدر باسم الأمة هو الأحكام الصادرة من المحاكم فقط طبقاً لقانون السلطة القضائية ، وليست القرارات الصادرة من اللجان ولو كانت قضائية

٨٠ - عدم قابلية القرار للطعن بشروط بكونه غير معدوم :

تنص المادة الخامسة على عدم قابلية القرار للطعن .

وقدما أن هذا النص لا يمنع اللجنة من تفسير قرارها أو تصحيح ما شابه من أخطاء مادية بحجة كتابية كانت أم حسابية ، كما لا يمنعها من الفصل فيما أغفلت نظره من طلبات موضوعية كانت مقدمة إليها ولم تفصل فيها عن غير عمد.

(١) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثانى عن المادة ٣٤٩

هذا ويلاحظ أنه اذا فقد القرار ركناً جوهرياً من أركانه الأساسية فإنه يفقد صفته ولا تلحقه أى حصانه .

فمثلا يكون القرار معدوماً اذا صدر عن لجنة مشكلة من عضوين بدلا من الثلاثة المشار اليهم فى المادة الأولى ، أو اذا صدر منهم بعد أن زالت صفة أحدهم بالإحالة الى المعاش أو الفصل أو النقل الى وظيفة لم يحتفظ فيها بصفته التى تخول له الاشتراك فى عضوية اللجنة . كما يعتبر معدوماً القرار الصادر من اللجنة اذا كان أحد أعضائها قد أوقف عن عمله .. الخ .

ويعتبر معلوماً القرار الصادر على شخص توفى قبل رفع النزاع ، أو الصادر على قاصر غير ممثل فى الدعوى ، أو على من لم يعلن على وجه الاطلاق بالنزاع .

ويعتبر معدوماً القرار غير المكتوب أو غير الموقع عليه من الرئيس .

ونحيل على وجه العموم الى ما قلتمناه تفصيلا (١) .

ويملك القضاء المستعجل عدم الاعتداد بالقرار المعدم ، كما تملك المحاكم تجاهله .

ومضى اعتبر قرار اللجنة صادراً من هيئة قضائية يكون من الجائز رفع دعوى بانعدامه أمام جهة القضاء المدنى ، اذا أمكن تصور مصلحة فى هذا الصدد ، اذ يكفى أن يرفع صاحب المصلحة دعواه أمام القضاء طالباً الحكم فيها بدعيه ، ومتمسكاً بوقف تنفيذ قرار اللجنة المعدوم عملاً بالمادة ٥ من القانون .

٨١ - تنفيذ القرار :

تقرر المادة الرابعة أن قرار اللجنة نهائياً واجب التنفيذ . وتقرر المادة التاسعة أن الجهات الادارية - كل فى حدود اختصاصها - تتولى تنفيذ

(١) فى رقم ٤٥ والمراجع والأحكام المشار اليها .

قرارات اللجنة بنسخة مؤثر عليها من رئيسها وذلك دون حاجة الى اعلان الخصوص .

وهكذا يتبين مما تقدم أن المشرع بالنصوص المتقدمة يخالف القواعد المقررة التي توجب اعلان السند التنفيذي قبل التنفيذ ، والتي توجب التنفيذ بمقتضى صورة من السند التنفيذي عليها صيغة التنفيذ (راجع المادة ٤٥٧ وما يليها) .

كل هذا فضلا عن أن تنفيذ القرار يتم بوساطة الجهات الادارية ، كل في حدود اختصاصها .

٨٣ - شروط وقف تنفيذ قرار اللجنة :

تنص المادة الخامسة على أن يظل قرار اللجنة نافذاً حتى يصدر حكم انتهائى من المحكمة المختصة أى غير قابل للاستئناف ، سواء بسبب صدوره في حدود النصاب الانتهايى لمحكمة الدرجة الأولى أو بسبب عدم الطعن فيه بالاستئناف في الميعاد ، أو بسبب حصول هذا الطعن صلور الحكم في الاستئناف . وعندئذ يكون حكم المحكمة الحائز لقوة الأمر المقضى به أولى بالتنفيذ من قرار اللجنة (١) .

وواضح مما تقدم أن المشرع يحجب الابقاء على قرار اللجنة وتنفيذه ولو صدر من المحكمة حكم ابتدائى مشمول بالنفاذ المعجل ، وذلك على اعتبار أن النفاذ المعجل حالة استثنائية قد تزول بمقتضى حكم المادة ٤٧٢ ، كل هذا ما لم يحكم المحكمة بوقف تنفيذ قرار اللجنة عملاً بالمادة الخامسة .

ويشترط لقبول طلب وقف تنفيذ قرار اللجنة ما يلى :

١ - أن يرفع النزاع الى المحكمة المختصة باجراءات صحيحة ، فلا يعتد بالطلب اذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها أو بعدم قبول الدعوى الأصلية

(١) جدير بالإشارة أن الحكم الذى يقبل التنفيذ هو الحائز لقوة الأمر المقضى به ما لم يكن لنفاذ المعجل جائزاً بقوة القانون أو حكم المحكمة .

لأى سبب من الأسباب كانتفاء الصفة مثلا ، أوقضت ببطلان صحيفة الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن لأى سبب من الأسباب .

٢ - يجب الادلاء بطلب وقف التنفيذ في عريضة الدعوى ، وفي هذا تنص المادة ٣/٥ على أنه يجب أن يكون طلب وقف التنفيذ مقترناً بطرح النزاع الموضوعي في عريضة الدعوى وإلا قضت المحكمة بعدم قبوله .

واذن لا يكفي الادلاء به في أول جلسة ، أو في مذكرة تقدم في هذه الجلسة أو في صحيفة الاستئناف . بل يتعين الادلاء به في صحيفة الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى والا افترض المشرع عدم جدية الطلب . فالمتصيد من هذا الطلب هو في الواقع الحكم مؤقتاً بعدم الاعتداد بقرار اللجنة حتى يصدر حكم المحكمة ، ومن ثم أوجب المشرع أن يحصل التمسك بالطلب في صلب عريضة افتتاح الدعوى وإذا لم يرد فيها فلا يجوز التمسك به لأول مرة ولو أعلن الخصم بالطلب مع عريضة الدعوى ، إذ يلاحظ أن الدعوى ترفع - بعد صدور القانون رقم ١٠٠ - بعريضة تقدم الى قلم كتاب المحكمة ويؤدى عنها الرسم كاملاً قبل إعلانها ، وتعد قاطعة للتقدم من وقت تقديم صحيفة الى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً (راجع المادة ٦٩ ومايلها) .

ولا يلزم ذكر أسباب طلب وقف التنفيذ في عريضة الدعوى .

٣ - يشترط حتى تحكم المحكمة بوقف التنفيذ أن ترتب عليه أضرار لا يمكن تلافيها ، كما اذا كان من مقتضى ذلك اخراج المستأجر وانهاء عقده ، وقد يتسلم الأرض بعدئذ مستأجر آخر مما يصعب معه والحال كذلك من إعادة الوضع القانوني الى ما كان عليه .

ويوجب القانون على المحكمة اذا ما أمرت بوقف التنفيذ أن تصدر حكمها في النزاع على وجه السرعة . وهذا التعبير لا يترتب عليه الا مجرد حث المحكمة على سرعة انجاز الدعوى دون أن ترتب عليه أى نتائج بالنسبة الى الاجراءات أو قلة المواعيد المقررة (راجع المادة ١١٨ معدلة بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) .

ولقد رأينا عند دراسة اختصاص القضاء المستعجل بالاشكالات الوقتية عند تنفيذ قرارات اللجنة أنه لا يملك وقف التنفيذ بمقتضى المادة الخامسة،

وأن هذا الوقف يختلف من حيث طبيعته ومن حيث شروطه عن وقف التنفيذ عند رفع الأشكالات الوقئية .

٨٣ - استئناف الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ عملاً بالمادة الخامسة :

لما كان طلب وقف تنفيذ قرار اللجنة مؤقتاً عملاً بالمادة الخامسة يعتبر من الطلبات الوقئية ، فإن الحكم الصادر فيه يعتبر أيضاً وقتياً ، ومن ثم يجوز استئنافه في جميع الأحوال مهما تكن قيمة الدعوى الأصلية ، وذلك عملاً بالمادة ٣٩٥ من قانون المرافعات ، كما أنه يقبل الطعن المباشر عملاً بالمادة ٣٧٨ واستثناء من القاعدة العامة المقررة بالنسبة الى الأحكام الفرعية .

هذا ويلاحظ أن محكمة النقض تنجبه الى نحو آخر في أحكامها ، فقد قضت بأن الحكم الصادر برفض طلب وقف النفاذ (في التطبيق للمادة ٤٧٢) لا يقبل الطعن استقلالاً عملاً بالمادة ٣٧٨ (١) ، وقضت بأن الحكم برفض التظلم من قضاء محكمة الدرجة الأولى بشمول حكمها بالنفاذ (في التطبيق للمادة ٤٧١) لا يقبل الطعن بالنقض على استقلال ، وبأنه لا يغير من هذا النظر كرون المادة ٤٧١ تجيز الطعن استقلالاً في التظلم من الوصف لأن ذلك قد أتى على خلاف الأصل المقرر في المادة ٣٧٨ (٢) .

ونحن نرى أن الحكم في طلب وقف النفاذ أو في التظلم من الوصف هو حكم في صميم طلبات الخصم ، وبحسب النزاع في صدد هذه الطلبات ومن ثم يقبل الطعن المباشر دون أن يخضع لحكم المادة ٣٧٨ التي تتصل فقط بالأحكام الفرعية تلك التي لا تصدر ، في صميم مطلوب الخصوم (٣) ومثل ما تقدم مثل من يتقدم الى المحكمة بعدة طلبات تقضي المحكمة في أحدها فان الحكم فيه يعتبر موضوعياً ، ولا يصبح بعدئذ بحث ما اذا كان منهيماً للخصومة أو غير منه لها ، فهذا البحث لا يتلرج اليه ألا اذا كان الحكم فرعياً (٤) .

(١) نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٥٥ الستة ٦ ص ١٦٤٤

(٢) نقض ٣٠ يونيو ١٩٥٣ الستة ٤ ص ١٢٥٧

(٣) كتاب نظرية الأحكام رقم ٢١٩ ، وقارن رمزي سيف الوسيط رقم ٦٢٢ .

(٤) أنظر في تفسير القاعدة عل وجه تفصيل كتاب نظرية الأحكام رقم ٢٤٦ م .

٨٤ - جواز الاستشكال في تنفيذ قرار اللجنة من الناحية الموضوعية والوقتية :

النص على منع الطعن في قرار اللجنة ، أو النص على أنه يقبل التنفيذ فوراً لا يحرم صاحب المصلحة من الاستشكال عند تنفيذ ذلك القرار ، سواء من الناحية الموضوعية أو من الناحية الوقتية ، ذلك لأن هذه الاشكالات لا تعد من قبيل التظلم في القرار المراد تنفيذه ، وإنما هي تتعلق بمدى توافر شروط تنفيذه أو عدم توافرها ، ويقضى في شأنها بإعلان التنفيذ أو بصرته أو بجوازه أو عدم جوازه ، إن كان الاشكال موضوعياً ، ويقضى بوقف التنفيذ أو بالاستمرار فيه إن كان الاشكال وقتياً .

ويرفع الاشكال الوقتي الى قاضي الأمور المستعجلة بالاجراءات المقررة في المادة ٤٨٠ وما يليها ، بينما لا يرفع الاشكال الموضوعي الى اللجنة التي أصدرت القرار المراد تنفيذه لأن اختصاصها محدد على سبيل الحصر وليس من بينه نظر هذا الاشكال ، ومن ثم لا يعمل في هذا الصدد بنص المادة ٤٧٩ ، وإنما يرفع الى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ، وهذه القاعدة هي المتبعة أيضاً بالنسبة الى أحكام المحكمين ، فإشكالات تنفيذها ترفع الى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع الموضوعي عملاً بالمادة ٨٤٥ من قانون المرافعات . وهذه المحكمة أجدر المحاكم على الفصل في الاشكال الموضوعي خاصة وأنه قد يرفع اليها بعدئذ النزاع ، وتصدر فيه حكماً في موضوعه وفي طلب وقف تنفيذ القرار .

٨٥ - متى يعتبر حكم وقف التنفيذ كأن لم يكن :

تنص المادة ٤/٥ على أنه اذا أمرت المحكمة بوقف التنفيذ وجب أن تصدر حكمها في النزاع على وجه السرعة ، ويعتبر أمر وقف التنفيذ كأن لم يكن اذا أوقف نظر الدعوى لأسباب راجعة للمدعى أو تنازل عنها أو ترك الخصومة فيها أو شطبت .

ولقد قصد المشرع بالنص المتقدم تفادي النتائج المترتبة على مشاكسة المدعى اذا رفع الدعوى الموضوعية بقصد الادلاء بطلب وقف تنفيذ قرار اللجنة ،

ثم صدر الحكم بوقف التنفيذ عمقاً ما يبتغيه ، وبعدئذ ينزل عن الدعوى الأصلية ويتركها فيضار الخصم الآخر ، لعودته الى مركزه القانوني السابق على صدور القرار .

واذن متى أجبى المدعى الى طلب وقف تنفيذ قرار اللجنة ، وجب عليه السير في الدعوى حتى يصدر الحكم في موضوعها ، فاذا وقف السير فيها بفعله أو بامتناعه ، أو اذا نزل عنها وتركها فان الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار يصبح كأن لم يكن بقوة القانون وغير حاجة الى صدور أى حكم يقرر ذلك .

ونشرح فيما يلي حالات وقف الدعوى التي ترجع الى فعل المدعى وحالات انقضاء الخصومة بغير حكم في موضوعها التي ترجع أيضا الى ارادته وإهماله . ومتى توافرت حالة من هذه الحالات فإن حكم وقف تنفيذ القرار يعتبر كأن لم يكن ولو كان صادراً من محكمة الدرجة الثانية وثمة حالات أخرى يكون فيها الوقف باتفاق الطرفين ، وهنا لا يعتبر وقف الخصومة قد تم بفعل المدعى أو امتناعه أو إهماله ، وإنما يكون ، قد تم بموافقة المدعى عليه ، ومن ثم لا يجوز له أن يفيد بعدئذ من الوقف ويتمسك بتنفيذ قرار اللجنة .

١ - إذا شطبت الدعوى عملاً بالمادة ٩١ بسبب تغيب كل من المدعى والمدعى عليه فانه يجوز على الفور تنفيذ قرار اللجنة ويعتبر الحكم بوقفه كأن لم يكن ، كذلك من باب أولى إذا لم يعجل المدعى دعواه في خلال ستة أشهر من تاريخ الشطب ، فانها تعتبر كأن لم تكن أيضاً عملاً بالمادة ٩١ .

٢ - إذا اتفق الطرفان على وقف السير في الدعوى عملاً بالمادة ٢٩٢ ، فلا يجوز للمدعى عليه المطالبة بتنفيذ القرار ، كما قلنا ، وإنما إذا انقضت مدة الوقف ، ولم تعجل الدعوى في ثمانية الأيام التالية لانقضاء مدة الوقف فإن المدعى يعتبر تاركاً دعواه عملاً بالمادة المتقدمة ، ومن ثم يجوز تنفيذ قرار اللجنة ، ويعتبر الحكم بوقف التنفيذ كأن لم يكن .

٣ - إذا وقف السير في الدعوى بفعل المدعى أو امتناعه أيا كانت مدة الوقف ، فإن المدعى عليه يملك السير في تنفيذ قرار اللجنة ، ولولم يحكم بعد بسقوط الخصومة عملاً بالمادة ٣٠١

٤ - إذا أوجبت المحكمة على المدعى تقديم مستند معين أو اتخاذ اجراء ما وامتنع عن تنفيذ ما أمرته به المحكمة ، وقضت عليه بوقف الدعوى عملاً بالمادة ١٠٩ ، فإن المدعى عليه يملك على الفور السير في تنفيذ قرار اللجنة ، ولو كان الحكم بوقف الدعوى قابلاً للاستئناف بل ولو طعن فيه المدعى بالفعل بهذا الطريق .

ومن باب أولى يجوز السير في تنفيذ قرار اللجنة إذا حكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن عملاً بالمادة ١٠٩

٥ - إذا قضت المحكمة بوقف الدعوى حتى يستصدر المدعى حكماً في مسألة أولية من محكمة أخرى عملاً بالمادة ٢٩٣ ، ولم يقم هذا برفع النزاع على الفور في تلك المسألة الأولية فإن خصمه يحق له على الفور السير في تنفيذ قرار اللجنة .

٦ - إذا ترك المدعى الخصومة - أى تنازل عن اجراءاتها - عملاً بالمادة ٣٠٨ من قانون المرافعات فإنه يحق لخصمه على الفور السير في تنفيذ قرار اللجنة .

كذلك إذا نزل المدعى عن أصل الحق الذى يدعيه وانقضت لذلك الدعوى الأصلية دون حكم في موضوعها .

٧ - إذا صدر في الدعوى حكم لمصلحة المدعى ثم نزل عن هذا الحكم ، فإنه لما كان النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به عملاً بالمادة ٣١٢ ، فإن المدعى عليه يملك على الفور السير في تنفيذ قرار اللجنة .

وانما إذا قام بالمدعى سبب من أسباب انقطاع الخصومة - وهي أسباب ثلاثة وردت في التشريع على سبيل الحصر هي وفاة الخصم أو زوال صفته أو فقد أهليته - وترتب على ذلك وقف السير في الدعوى بقوة القانون فإن ذلك لا يعتبر بفعل المدعى وإرادته ، ومن ثم لا يجوز السير في تنفيذ القرار إلا إذا قام المدعى عليه ، بإعلان ورثة خصمه (١) بقيام الخصومة ، وتراخي هؤلاء في السير في الدعوى التي رفعها مورثهم .

كذلك إذا تصالح الخصوم أثناء نظر الدعوى وتم ذلك بمحضر الجلسة على النحو المقرر في المادة ١٢٤ فإن هذا الصلح هو الذي يعتد به بعدئذ ، وترتب على أساسه حقوق الخصوم والتزاماتهم ، بشرط أن يتم فيما يجوز فيه الصلح . وعندئذ لا يملك المدعى عليه السير في تنفيذ قرار اللجنة ، ولتواخي خصمه في تنفيذ ما قرره عقد الصلح ، ذلك لأن هذا العقد يعتبر سنداً تنفيذياً وإن كانت قابلاً للتنفيذ الفوري عملاً بالمادة ١٢٤ من قانون المرافعات .

٨٦ - لا تنفذ المحكمة بقرار اللجنة عند إصدار حكمها في الموضوع وإن كانت تنفذ في صدد شموله بالنفاذ المعجل :

لا يجوز قرار اللجنة حجية الشيء المقضي به عند نظر الدعوى الموضوعية ، والمحكمة لا تلزم بالرد على الأسباب التي بُني عليها القرار ، كما أن المدعى ، كما قدمنا ، عند طرحه للخصومه أمام المحكمة لا يطعن على القرار للطعن فيه ، وانما هو يتقدم بالطلبات التي سبق أن أدلى بها أمام اللجنة دون إضافة أو تعديل أو تغيير سواء من ناحية الموضوع أو السبب أو الاطراف ، اللهم إلا لظروف تجب بعد صدور قرار اللجنة (٢) .

وإذا لم يطلب وقف تنفيذ قرار اللجنة أو إذا طلب صدور حكم بعدم قبول الطلب أو برفضه ، فإن محكمة الدرجة الأولى لا تملك شمول حكمها بالنفاذ المعجل ما لم يكن متطابقاً مع قرار اللجنة ، ذلك لأن

(١) أو من يقوم مقام من فقد أهليته أو زالت صفته .

(٢) راجع ما قلناه في رقم ٦١

احترام القانون رقم ١٤٨ يستوجب حماً الابقاء على قرار اللجنة وعدم
الساس بفناذه وتنفيذه حتى صدور الحكم الانتهاى من المحكمة عملاً بالمادة
٢/٥ من القانون المتقدم .

ولذا طلب وقف التنفيذ وقضت المحكمة به مؤقتاً على النحو المقرر
فى المادة ٤/٥ ، فان المحكمة تملك بعدئذ شمول حكمها بالنفاذ المعجل وفقاً
للقواعد المقررة ولو تعارض حكمها مع قرار اللجنة .

ولما يبدى الأمر اذا قضت المحكمة بوقف تنفيذ قرار اللجنة مؤقتاً ،
ثم شملت حكمها بالنفاذ المعجل ، دون أن يتطابق هذا مع ذلك ، ووقف
بعدئذ سر الاستئناف بفعل المدعى ، وهنا الاعتبارات العملية هى التى
تعمل بأنهاء هذه الحالة القانونية الشاذة ، فإن تغلبت مصلحة المدعى
فى تنفيذ حكم محكمة الدرجة الأولى فانه سوف يجعل الاستئناف على الفور ،
حتى لا يعتبر الحكم بوقف تنفيذ قرار اللجنة كأن لم يكن عملاً بالمادة ٤/٥ ،
ولافانه سوف يراخى فى السير فى الاستئناف ، ومتى وقف السير فيه
المدة المقررة لسقوط الخصومة ، فان الاستئناف يسقط عملاً بالمادة ٣٠١
من قانون المرافعات ، وبصير الحكم الابتدائى انتهاياً قابلاً للتنفيذ بحكم
القواعد العامة (راجع المادة ٣٠٥) .

٨٧ - جواز الاتفاق على التحكيم بصدد المنازعات المشار إليها
فى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ :

لما كانت منازعات التجار المشار إليها فى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢
لا تنسم بطابع ادارى على وجه الاطلاق ، ولما كانت اللجنة كما قدمنا
هى فى الواقع لجنة قضائية تفصل فى نزاع بين طرفين ، فإنه يجوز الاتفاق
على التحكيم بصدد هذه المنازعات بشرط أن يطبق الحكم أحكام قانون
الاصلاح الزراعى ولا يخرج عنها لتعلقها بالنظام العام .

وبعبارة أخرى ، كون النزاع كما يتعين أن تطبق بصده قاعدة
موضوعية معينة متصلة بالنظام العام لا يحرم الخصوم من جواز الاتفاق

على التحكيم بصلدها ، لأنه لا يجعل ذات النزاع متصلا بالنظام العام ،

ومن ثم يجوز التحكيم بالصلح في المنازعات المقدمة ، ويجوز التحكيم بالقضاء ، سواء اذا كانت الدعوى قائمة أمام اللجنة أم أمام محكمة الدرجة الأولى أم أمام محكمة الدرجة الثانية ، أم لم تطرح بعد على اللجنة .

وإذا جاء التحكيم بعبارة عامة ، فإنه يحل محل اختصاص اللجنة ومحكمة الدرجة الأولى فقط ، ويكون حكم المحكم قابلا للاستئناف بحسب قيمة الدعوى عملا بالآواعد العامة (راجع المادة ٨٤٧ من قانون المرافعات) وإذا جاء الاتفاق على التحكيم بعد صلور قرار اللجنة ، وجب على المحكم أن يطبق القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ في كل ما اتصل بنفاذ قرار اللجنة أو جواز وقف هذا التنفيذ أو اعتبار القرار بوقف التنفيذ كأن لم يكن .

٨٨ - الاختصاص في الاشراف على الخصومة في التحكيم يكون للمحكمة وليس للجنة :

جدير بالذكر أن قانون المرافعات ينص - في باب التحكيم - للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع اختصاصاً خاصاً في كثير من الأحوال ، وذلك للاشراف على سير الخصومة في التحكيم ، وهذا الاختصاص لا يجوز منحه بأى حال من الأحوال للجنة المقدمة ، وذلك لأن اختصاصها كما قلنا قد ورد على سبيل الاستثناء ولا يجوز القياس عليه ، وإنما يكون دائماً للمحكمة المختصة .

تذييل

بشرح الاجراءات المقررة فى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣
بتعديل أحكام القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالاصلاح الزراعى

٨٩ - شروط قبول الدعاوى الناشئة عن الإيجار :

رأى المشرع استكمالاً لحماية مستأجرى الأراضي الزراعية إضافة مبادئ هامة أساسية فى قانون الاصلاح الزراعى ، وذلك رعاية لهم ، وللاخذ بيدهم ليتجهوا نحو حياة أفضل ، وليتحرروا مما قبح عليهم منذ عهود طويلة . وبعض هذه المبادئ يتصل بالموضوع ، وبعضها يتصل بالشكل ، وهو الذى نشره فيما يلى :

نصت المادة ٣٦ من قانون الاصلاح الزراعى معدلة بمقتضى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ على أنه يجب أن يكون عقد الإيجار نقداً أو مزارعة ، ثابتاً بالكتابة مهما كانت قيمته . ويكتب العقد من ثلاث نسخ ، على الأقل تسلم احداها لكل من المتعاقدين ، وتودع نسخة أخرى مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بالقرية ، فان لم توجد أودعت مقر الجمعية التعاونية الزراعية المشتركة بالمركز ، التابعة له القرية الكائنة بها الأطيان موضوع التعاقد ويقع عبء الالتزام بالإيداع على المؤجر ما لم يتفق الطرفان على أن يتولى المستأجر الإيداع ويثبتا اتفاقهما فى العقد :

وتنص المادة ٣٦ مكرراً على أنه اذا امتنع أحد الطرفين عن توقيع العقد ، وجب على الطرف الآخر أن يبلغ ذلك الى رئيس مجلس ادارة الجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، وعلى الجمعية أن تتحقق بكل الطرق ، من قيام العلاقة التأجيرية ، وعليها الاستعانة بأعضاء اللجنة القومية ، وشماخ الشهود من الجيران وغيرهم فان ثبت للجمعية قيام هذه العلاقة كلفت الطرف الممتنع بكتابة موصى عليه بعلم الوصول . بتحرير عقد وتوقيعه خلال خمسة

عشر يوما من تاريخ تسلمه الكتاب . فان لم يذعن قامت الجمعية بكتابة العقد من ثلاث نسخ وسلمت كلا من الطرفين احداها واحتفظت بالثالثة . ويكون هذا العقد ملزما للطرفين .

وفى هذه الحالة يلزم الطرف الممتنع عن التوقيع بان يؤدي الى الجمعية مصاريف ادارية ، بنسبة واحد فى المائة من الأجرة السنوية للعين المؤجرة ، محسوبة بسبعة أمثال الضريبة الأصلية ، وبشرط الا تقل المصاريف الادارية عن جنيهه والا تتجاوز عشرة جنيهات وتحصل بطريق الحجز الادارى .

وتنص المادة ١٣٦ على أنه لا تسمع الدعاوى الناشئة عن الايجار مزارعة أو نقدا ، أمام أية جهة قضائية ، أو ادارية ، اذا لم يكن العقد ثابتا بالكتابة فاذا كان عقد الايجار مكتوبا ، ولم تودع منه نسخة مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة فلا تسمع الدعاوى الناشئة عن هذا العقد ممن أخل بالالتزام بالايدياع . فاذا رفعت الدعوى من الطرف الآخر ، وجب على الجهة المختصة بالفصل فيها أن تقضى على من أخل بالالتزام بالايدياع بغرامة لا تتجاوز نصف القيمة التجارية مقلدة بسبعة أمثال الضريبة الأصلية للاطيان محل العقد عن سنة واحدة .

وواضح من النصوص المتقدمة أن المشرع قد أوجب أن يكون عقد الايجار نقداً أو مزارعة ثابتا بالكتابة مهما كانت قيمة ، وأوجب ايدياع نسخة منه مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، وأوجب الكتابة والايدياع كشروط لقبول أية دعوى ناشئة عن الايجار .

ويجب أن تودع صورة طبق الأصل من عقد الايجار موقعا عليها من طرفيه ، فلا يعتد بالايدياع اذا لم تكن الصورة موقعا عليها من الطرفين أو كانت غير مطابقة للأصل ، فى بيانات جوهرية متصلة باسماء الخصوم ، أو مساحة الأرض المستأجرة ، أو فى بيان تعيينها واذا تم الايدياع بصدد جزء من الأرض المستأجرة فلا تسمع دعوى الايجار الا بصدد هذا الجزء وحده .

ولا يعتد بالايذاع الذى يتم فى مقر جمعية تعاونية زراعية غير مختصة وذلك لأنه لا يتصور جهل المواطن بمقر الجمعية فى القرية أو بالمركز ، فيكون الاختلال بالاختصاص قد قصد به الكيد ، هذا فضلا عن أن نصوص القانون لا تعتد الا بالايذاع الذى يتم فى الجمعية المختصة .

وعند امتناع أحد طرفى العقد عن التوقيع عليه وجب على الطرف الآخر اتخاذ اجراءات تؤدى به الى كتابة عقده ، وفقا لنص المادة ٣٦ مكررا المتقدمة ، فاذا أهمل فى هذا الصدد ولم يتم باتخاذ هذه الاجراءات امتنع عليه اللجوء الى القضاء أو أية جهة ادارية للمطالبة بأى حتى يحوله عقد الإيجار ، ولا يلومن الانفسه . وبعبارة أخرى ، يشترط القانون لسماع دعوى الإيجار كتابة العقد ، وفصلا عن هذا الشرط يوجب ايداع نسخة منه مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، بحيث لا تسمع الدعوى بأى حال من الأحوال اذا لم يكن عقد الإيجار مكتوبا وانما اذا كان مكتوبا ولم تودع نسخة منه مقر الجمعية - فان الدعوى تسمع فى هذه الحالة بشرط أن تكون مرفوعة ممن لم يحل بالالتزام بالايذاع . ولهذا جاءت المادة ٣٦ مكررا توجب على الخصم وتلزمه باتخاذ الاجراءات التى تؤدى به الى الحصول على كتابة مثبتة للإيجار وذلك عند امتناع خصمه عن التوقيع على العقد . وعندئذ يكون للعقد ملزما للطرفين ، وتعتد بهذا أية جهة قضائية أو ادارية ، كل هذا فضلا عن أن الجمعية تودع من تلقاء نفسها نسخة من العقد بمقرها .

واذن ، نكرر القول بأن ثمة شرطين لقبول الدعوى الناشئة عن إيجار الأراضى الزراعية :

الأول : أن يكون العقد مكتوبا ، ولا استثناء على هذا الشرط ، لأن خصم الممتنع عن التوقيع على العقد يجب عليه بمقتضى المادة ٣٦ مكرراً اتخاذ الاجراءات التى تصل به الى الحصول على عقد مكتوب فى هذا الصدد .

والشرط الثانى : أن يكون العقد مودعا مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، وهناك استثناء بصدد هذا الشرط ، فخصم المزم بالايذاع يملك

رفع الدعوى وعشذ تسمع ويحكم على من أخل بالالتزام بالإيداع بالغرامة المقررة في المادة ١٣٦ .

ويشترط لأعمال الجزاء الخاص بعدم قبول الدعوى ما يلي :

١ - أن تكون الدعوى ناشئة عن الأيجار مزارعة أو نقداً .

وهذا يقتضى من المحكمة أو الهيئة التى تنظر الدعوى تكييف العقد والاعتداد به بوصفه من عقود الأيجار ، أيا كانت القاعدة الموضوعية الواجبة التطبيق . وسواء أكان منصوباً عليها فى قانون الإصلاح الزراعى أم فى القانون المدنى أم فى غيره من القوانين .

وإذا ثبت أن العقد هو بيع ثمرات حديقة ، فلا محل لأعمال الجزاء بطبيعة الحال ، هذا ولو كان مشترى الثمرات ملزماً بحراسة الحديقة أو باقتطاف الثمرات .

٢ - أن تكون الدعوى ناشئة بطريق مباشر عن الأيجار .

فإذا باع أ إلى ب قطعة أرض زراعية ، واشترط البائع حتى سداد باقى الثمن أن يؤجرها المشتري ، ثم نشأ نزاع بصدد ما تم تسديده من الثمن ومالم يتم ، فإن هذا النزاع يعتبر فى الواقع متعلقاً بعقد الأيجار متى كان الأمر لا يستلزم تطبيق قاعدة من قواعد .

وإذا تعرض الغير للمستأجر ، فرفع هذا الأخير عليه دعوى منع التعرض أو أية دعوى من دعاوى الحيازة عملاً بالمادة ٥٧٥ من القانون المدنى ، فإن هذه الدعوى لا تعتبر بطبيعة الحال من دعاوى الأيجار . وإنما إذا رفع المستأجر الدعوى على المؤجر فإن الذى يكيف العلاقة بينهما هو عقد الأيجار ومن ثم تعتبر من دعاوى الأيجار ولو كان موضوعها طلب عدم التعرض أو استرداد الحيازة (١)

(١) راجع ماقلناه فى هذا الصدد فى كتاب المرافعات رقم ١٢٧ ونقضى ٨ يناير ١٩٥٩
الحاماة ٤٠ ص ٢٣

٣ - أن تكون الدعوى قائمة بين أطراف عقد الإيجار ، أى بين المؤجر والمستأجر ، لأن هذا العقد لا يرتب الا مجرد حقوق شخصية ، ولما كان الحق الشخصى هو رابطة بين شخصين ، فالدعوى الشخصية لا يمكن أن يرفعها الا أحد طرفى هذه الرابطة فى مواجهة الآخر .

ومتى توافرت الشروط المتقدمة وجب على المحكمة أو اللجنة القضائية المختصة بنظر منازعات الإيجار بمقتضى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ أو أية هيئة إدارية أو هيئة تحكيم أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ولو لم يتمسك المدعى عليه بهذا الدفع ، بل ولو كان قابلا لنظر الدعوى على الرغم من تخلف شرط قبولها ، أو كان قد أقر بحصول هذا الإيجار وذلك لأن القانون صريح فى عدم قبول الدعوى فى هذا الصدد ، تحقيقا لاعتبارات تتصل بالمصلحة العامة مقتضاها رعاية طائفة مستأجرى الأراضى الزراعية ، فلا يتعلق الأمر اذن بشخص يملك النزول عن حقه ، وانما يتصل بتنظيم جوهرى يقتضيه مجتمعنا (١) .

كل هذا فضلا عن أن المادة ٣٦ مكررا تنص صراحة على أنه مع عدم الإخلال بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة ٣٤ يقع باطلا كل شرط أو اتفاق يخالف لأحكام المواد السابقة فى هذا الباب ، ويبقى العقد نافذا فيما عدا ذلك . واذن ، يجب إعمال الجزاء ولو اتفق الخصوم على عدم ايداع نسخة من عقد الإيجار مقر الجمعية التعاونية الزراعية ، أو اتفقوا صراحة فى جلسة المرافعة على نظر الدعوى دون أن يكون عقد الإيجار مكتوبا . كل هذا فضلا عن وجوب إعمال الجزاء ولو فى حالة عدم انكار التعاقد ، لأن نص القانون عام لا يجوز تخصيصه بغير تخصيص (٢) وبملك المدعى عليه الدفع

(١) راجع المقدمة .

(٢) قارن اللائحة الشرعية التى تمنع عند الإنكار سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها الا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٢١ (٩٩٢ من اللائحة للشرعية) .

بعدم قبول الدعوى فى أية حالة تكون عليها الاجراءات عملا بالمادة ١٤٢
ولتعلق هذا الدفع بالنظام العام .

ويجب الحكم بعدم قبول الدعوى ولو أبدى الخصم رغبته فى الابداع
وطلب تأجيل الدعوى حتى يتمكن من هذا الابداع ، وذلك لأن العبرة
بيوم رفع الدعوى لمعرفة ما اذا كانت الدعوى مقبولة أو غير مقبولة .
كذلك لا تقبل الدعوى متى ثبت ان عقد الإيجار لم يكن مكتوبا وقت رفعها
ولو أبدى الخصوم استعدادهم لكتابته بعدئذ .

وبداهة ، يجب لإعمال الجزاء ولو كان عقد الإيجار قد فسخ أو انقضى
لأى سبب من أسباب انقضائه ، اذ العبرة أن تكون الدعوى ناشئة عن
عقد الإيجار ، ففى تطلب الأمر تطبيق قاعدة من قواعده وجب أن يكون
الإيجار مكتوبا وأن تودع نسخة من العقد مقر الجمعية التعاونية الزراعية
ويستوى بعدئذ أن يكون المطلوب فى الدعوى هو فسخ العقد أو بطلانه أو
أو التعويض لأى سبب من الأسباب الناشئة عن الإخلال بالالتزامات
المقررة فى العقد أو فى القانون .

كل هذا مع ملاحظة أن الأثر الفورى للقانون الجديد يقتضى حتما كتابة
عقود إيجار ، اذا لم يكن الإيجار ثابتا بالكتابة ، ويقتضى ابداع نسخة من العقد
مقر الجمعية التعاونية الزراعية المختصة . وبعبارة أخرى ، ما دام الإيجار
كان قائما وقت صدور القانون الجديد ، ورفعت الدعوى بعد نفاذه وجب
الابداع والا كانت الدعوى غير مقبولة .

وانما اذا رفعت الدعوى قبل نفاذ القانون الجديد ، فلا تشترط الكتابة
أو الابداع لقبول الدعوى لأن العبرة فى قانون المرافعات بيوم رفع الدعوى
لمعرفة ما اذا كانت الدعوى مقبولة أو غير مقبولة . كذلك اذا رفع طعن
ولو بعد صدور القانون الجديد — عن حكم صادر فى منازعة إيجارية فانه

لا يلزم أن يكون عقد الإيجار مودعا متى كانت الدعوى قد رفعت قبل العمل بالقانون الجديد^(١).

ويجب إعمال الجزاء المتقدم ولو تعددت دعاوى من أخل بالالتزام بالإيداع ، وبمجرد الإيداع تقبل الدعوى التي ترفع بعد حصوله ، ولو كانت عن مدد سابقة على الإيداع .

وإذا رفعت الدعوى قبل الإيداع الذي تم قبل الجلسة المحددة للنظر الدعوى ، فإنها تقبل وفقا للرأى الراجح في المرافعات — الذى يقرر قبول الدعوى التي تخلف شرط قبولها وقت رفعها وانما تحقق قبل الجلسة المحددة لنظرها حتى لا يضار المدعى فيتحمل مصاريف دعوى جديدة يجوز قبولها في ذات الوقت الذى يقضى فيه بعدم قبول دعواه : ومع ذلك التمشي مع وجهات النظر المتقدمة يقتضى حتما عدم قبول الدعوى كجزء صارم لإهمال المدعى في احترام ما تطلبه المشرع .

ولقد وفق المشرع بالنص على عدم إعمال الجزاء المتقدم اذا كان رافع الدعوى غير ملزم بإيداع عقد الإيجار ، وذلك حتى لا يتحمل نتيجة المخالفة التي ارتكبها خصمه . وعندئذ يتعين على المحكمة أو اللجنة من تلقاء نفسها الحكم على المدعى عليه بغرامة لا تتجاوز نصف القيمة التجارية مقدرة بسبعة أمثال الضريبة الأصلية محل العقد عن سنة واحدة .

هذا ويلاحظ أن سماع الدعوى المرفوعة ممن يكون غير ملزم بإيداع عقد الإيجار ، لا يحرم الخصم الآخر الذى أخل بالالتزام بالإيداع من الادلاء بما يعين له من الدفوع أيا كان نوعها ، سواء أكانت موضوعية أم شكلية أم متصلة بعدم القبول ، بل أن ذلك لا يحرمه أيضاً من الادلاء بالطلبات العارضة (دعاوى المدعى عليه) متى كانت تعد من قبيل الدفاع في الدعوى الأصلية ، لأن إخلال الخصم بالالتزام بالإيداع ليس معناه حرمانه من عدالة المحكمة .

(١) راجع في أثر القوانين الجديدة التي تنشئ دفعا بعدم القبول كتاب المرافعات رقم ١ مكرراً.

٩٠ - اجراءات العرض والايداع عند امتناع المؤجر عن تسليم
الايجار :

تنص المادة ٣٦ هـ من القانون المتقدم على أنه مع عدم الاخلال بالقواعد
المقررة قانونا في اثبات الالتزامات ، يجب على المؤجر أن يسلم المستأجر
مخالصة مكتوبة عن كل مبلغ يؤديه ، خصما من الايجار ، والا كان للمستأجر
أن يبرىء ذمته ، بايداع المبلغ امانة في صندوق الجمعية التعاونية الزراعية
المختصة ، مقابل ائصال . وعلى رئيس الجمعية أو من ينوب عنه أن يعرض
المبلغ على المؤجر ، أو من يمثله في التحصيل خلال خمسة عشر يوما ، من تاريخ
الايداع ، فاذا رفض تسلمه أودع المبلغ خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ
العرض خزانة المحكمة المختصة ، وأخطر المؤجر بذلك بكتاب موصى عليه .

وواضح من النص المتقدم أن المشرع شاء أن يبرىء ذمة المستأجر
بمجرد ايداع الايجار على سبيل الامانة في صندوق الجمعية التعاونية الزراعية
وهو لا يحاسب بعدئذ عن أى اهمال . وهذا النص يخالف بطبيعة الحال
القواعد المقررة في قانون المرافعات للعرض والايداع عملا بالمادة ٧٨٦
وما يليها .

ويعتبر المستأجر قد قام بالوفاء بمجرد اتخاذ الاجراء المتقدم ولو أهمل
رئيس الجمعية في اتخاذ الاجراءات المقررة في المادة السابقة أو أهمل
في مراعاة المواعيد المذكورة بها ، بشرط أن يكون الوفاء قد حصل بكامل
القيمة الاجبارية .

ويلاحظ أن عرض رئيس الجمعية يجب أن يتم على يد محضر عملا بالمادة
٧٨٧ من قانون المرافعات : أما باقى الاجراءات التالية على العرض فلا يترتب
ثمة بطلان عند عدم احترامها ، أو عند عدم احترام الميعاد المقرر بصدها .

هذا ويلاحظ اخيراً ، أن النص المتقدم وقد قصد به التيسير على المستأجر
لا منعه من اتخاذ الاجراءات العامة في العرض والايداع المقررة في القانون
المدنى وقانون المرافعات :

كما أن النص المتقدم لا يمنع المؤجر من المنازعة في العرض والابداع وفقاً للقواعد العامة ، بأن يدعى مثلاً أن المستأجر لم يودع كل القيمة الإيجارية المطلوبة منه ، كل هذا مع مراعاة أحكام القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ .

ترتيب البحث

صفحة	مقدمة	فقره
٢٢٧	١ - المقصود من تنظيم العمالة التجارية تنظيمًا خاصًا مستقرًا	
٢٣٠	٢ - بطلان كل اتفاق ولو لاحق لمقد الإيجار بزيادة الأجرة عن حدها الأقصى	
٢٣٥	٣ - رد الأجرة الزائدة - وجواز تجاهل الشرط بزيادة الأجرة	
٢٣٦	٤ - أداء الأجرة ولو لمدة طويلة بما يزيد من الحد الأقصى المقرر في التشريع لا يعد قبولاً ضمنياً بالزيادة ولا يسقط الحق في طلبها	
٢٣٨	٥ - متى يسقط الحق في طلب الزائد عن الحد الأقصى للأجرة ؟	
الاختصاص والاجرعات في منازعات إيجار الأماكن		
٢٤١	٦ - الاجرعات المقررة بمقتضى المادة الخامسة عشر من قانون إيجار الأماكن	
٢٤١	٧ - خطة البحث	

الفصل الأول

الاختصاص في منازعات الإيجار

٢٤٢	٨ - الاختصاص النوعي بمراعاة أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢	
٢٤٦	٩ - منازعات لا تدخل في الاختصاص المقرر للمحكمة الابتدائية بمقتضى القانون رقم ١٢١ ، وإنما تخضع لحكم القواعد العامة من حيث الاختصاص والاجرعات	
٢٥٠	١٠ - الاختصاص المحل في منازعات الإيجار	
٢٥١	١١ - ما يخص به دائرة المسكن بعد الحكم في النزاع	
٢٥١	١٢ - (١) طلب نظر ما أفضلت المحكمة الفصل فيه	
٢٥٢	١٣ - (٢) طلب تفسير متعلق بالحكم	

- ١٤ - (٣) طلب تصحيح ما يقع في منطوق حكم دائرة المساكن من أخطاء مادية بمحة ٢٥٣
- ١٥ - (٤) الاشكالات الموضوعية عند تنفيذ حكم دائرة المساكن ٢٥٤
- ١٦ - (٥) طلب انعدام حكم دائرة المساكن ٢٥٤
- ١٧ - اختصاص القضاء المستعجل في صدد دعاوى الإيجار ٢٥٥
- ١٨ - اختصاص القضاء المستعجل في أحوال لا تتعلق بقانون المساكن ٢٥٦
- ١٩ - اختصاص القضاء المستعجل بإثبات وقائع للاستناد إليها في نزاع موضوعي مستعجل ولو كان ما نص عليه قانون المساكن ٢٥٧
- ٢٠ - اختصاص القضاء المستعجل فيما ورد في قانون إيجار المساكن ٢٥٨
- ٢١ - اختصاص القضاء المستعجل بعد انتهاء الملاقة الإيجارية بإعادة المستأجر ٢٥٩

الفصل الثاني

إجراءات رفع الدعوى ونظرها

- ٢٢ - اختصاص القضاء المستعجل بالاشكالات الوقتية عند تنفيذ أحكام دائرة المساكن ٢٦٠
- ٢٣ - الاجراءات المقررة - جواز اتباع القواعد العامة ٢٦١
- ٢٤ - كيف يرفع الطلب - بياناته - توقيع محام عليه - بطلانه - كيفية التمسك بالبطلان ٢٦٢
- ٢٥ - تحديد جلسة لنظر النزاع وإعلان الخصوم بها وميعاد الحضور في هذا الصدد ٢٦٧
- ٢٦ - بطلان الاعلان أو عدم حصوله وكيفية التمسك بالبطلان ٢٧٠
- ٢٧ - اجراءات نظر الدعوى ٢٧١
- ٢٨ - متى تسرى الآثار المترتبة على رفع الدعوى بمقتضى قانون إيجار الأماكن ٢٧٣
- ٢٩ - الصفة الواجبة في رفع الدعوى ، وفيمن ترفع عليه ٢٧٤
- ٣٠ - جواز ابداء طلبات عارضة ولو لم تتصل بتطبيق قانون المساكن ما دامت مرتبطة بالدعوى الأصلية - كيفية تقدير نصاب استئناف الحكم الصادر فيها ٢٧٧
- ٣١ - الاجراءات الواجبة الاتباع قبل رفع الدعوى وجزاء عدم مراعاتها أو عدم مراعاة والميعاد الواجب انقضاءه قبل رفعها في قبضها ٢٧٩
- ٣٢ - ليس ثمة ميعاد واجب لرفع الدعوى في خلاله ٢٨٤

الفصل الثالث

عدم قابلية الحكم الصادر في منازعة الإيجار لأى طعن

صفحة	فقرة
٢٨٦	٣٣ - الحكم الصادر في نزاع الإيجار لا يقبل أى طعن
٢٨٩	٣٤ - شروط منع الطعن (١) أن يرفع النزاع الى محكمة ابتدائية
٢٩١	٣٥ - (٢) أن يصدر في النزاع حكم تطبيقاً لقانون إيجار المساكن.
٢٩١	٣٦ - نطاق المنع من الطعن - عدم جوازه ولو باتفاق الخصوم بيناً يجوز النزول عن الحكم وتجديد النزاع
٢٩٣	٣٧ - عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة بمقتضى القانون رقم ١٢١ ولو كانت باطلة أو مبنية على إجراءات باطلة
٢٩٤	٣٨ - يمتنع من الطعن الى سائر الأحكام الفرعية سواء أكانت متعلقة بغير الإجراءات أم متصلة بآثبات الدعوى أم كانت صادرة في دفع من الدفع بعدم القبول
٢٩٨	٣٩ - جواز الطعن في الحكم الصادر في مسائل الاختصاص والاحالة
٣٠٠	٤٠ - جواز الطعن في الحكم المستعجل ولو كان صادراً من دائرة المساكن.
٣٠٢	٤١ - جواز الطعن في الحكم الصادر في الطلبات المارضة ولو كان الحكم الصادر في النزاع الأصلي مما لا يقبل أى طعن
٣٠٣	٤٢ - جواز الطعن بالنقض في حكم دائرة المساكن اذا صدر على خلاف حكم سابق فصل في ذات النزاع بين نفس الخصوم عملاً بالمادة ٣ من قانون النقض - علم
٣٠٣	جواز الاستئناف عملاً بالمادة ٣٩٧
٣٠٣	٤٣ - جواز الاعتراض على ذات الحكم الصادر من دائرة المساكن بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها عملاً بالمادة ٤٥٠
٣٠٤	٤٤ - جواز الادلاء بطلب تفسير حكم دائرة المساكن أو تصحيحه أو الفصل فيما أغفلت المحكمة الفصل فيه
٣٠٥	٤٥ - جواز الادلاء بطلب اتمام حكم دائرة المساكن دون الادلاء بطلب بطلانه
٣١٠	٤٦ - هل تقبل دعوى الفصل بقصد انتهاء حكم صادر من دائرة المساكن
٣١١	٤٧ - هل يجوز التحكيم بصدد منازعات الإيجار

الفصل الرابع

القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢

وأثره في اختصاص دائرة المساكن

صفحة	فقرة
٣١٢	٤٧- المقصود من القانون رقم ٤٦
٣١٤	٤٨ - الأماكن التي تختص بتحديد إيجارها اللجنة ولا تختص بها دائرة المساكن
٣١٤	٤٩ - تختص المحاكم الابتدائية بكل ما قرره القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧
٣١٦	عدا ما اتصل بتحديد إيجار الأماكن المتقدمة
٣١٧	٥٠ - تلزم لجنة التقدير ومجلس المراجعة بتوفير الضمانات الأساسية في التقاضي
٣١٨	٥١ - أسباب لعدم صلاحية أعضاء اللجنة أو المجلس لنظر الطلب
٣١٨	٥٢ - طبيعة الاجراءات الواجبة الاتباع أمام اللجنة أو المجلس
٣١٩	٥٣ - قرار اللجنة أو المجلس وتنفيذه
٣٢٠	٥٤ - جواز طلب تفسير القرار أو تصحيح الأخطاء المادية في منطوقه كتابية كانت أم حشائية - جواز طلب ما أغفلت اللجنة أو المجلس تقديره
٣٢١	٥٥ - عدم قابلية القرار الطعن مشروط بكونه غير معلوم
٣٢٢	٥٦ - عدم جواز الاتفاق على التحكم بقصد تحديد الإيجار فيما يدخل في اختصاص لجنة التقدير

الاختصاصات والاجراءات في منازعات إيجار الأراضي الزراعية

بمقتضى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢

بإنشاء لجان الفصل في المنازعات الزراعية

تمهيد

٢٢٣	٥٧ - أهمية المنازعات الزراعية
-----	---

الفصل الأول

تشكيل لجنة الفصل في المنازعات الزراعية واختصاصها

فقره	صفحة
٥٨ - تشكيل اللجنة	٢٢٦
٥٩ - لا يجوز أن يكون من بين أعضاء اللجنة من يقوم به سبب من أسباب عدم الصلاحية أو الرد	٢٢٨
٦٠ - اختصاص اللجنة النوعي والمحل	٢٢٩
٦٠م - أحكام	٢٣١
٦١ - أثر اختصاص اللجنة في ولاية المحاكم - لا يمتد بأى اتفاق ينزع اختصاص اللجنة	٢٣٣
٦٢ - أثر اختصاص اللجنة في ولاية القضاء المستعجل - طيبة اللجنة وكونها هيئة قضائية وليست هيئة إدارية.	٢٣٧
٦٣ - اختصاص القضاء المستعجل في أحوال لا تتصل بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢	٢٣٩
٦٤ - اختصاص القضاء المستعجل بالثبات وقائع للاستناد إليها في نزاع موضوعي مستقبل ولو كان مما تختص به اللجنة	٢٣٩
٦٥ - اختصاص القضاء المستعجل فيما ورد في القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢	٢٤٠
٦٦ - اختصاص القضاء المستعجل ببدأنهاء العلاقة الإيجارية بإرادة المستأجر	٢٤١
٦٧ - اختصاص القضاء المستعجل بالاشكالات الوقتية عند تنفيذ قرارات اللجنة أو بعدم الاعتداد بقرارها المعلوم	٢٤١
٦٨ - ما تختص به اللجنة على الرغم من صدور قرارها في النزاع	٢٤٢
٦٩ - (١) طلب تفسير منطوق القرار	٢٤٢
٧٠ - (٢) طلب تصحيح ما يقع في منطوق القرار من أخطاء مادية	٢٤٣
٧١ - (٣) طلب نظر ما أغفلت اللجنة الفصل فيه	٢٤٣
٧٢ - لا تملك اللجنة نظر الاشكالات الموضوعية عند تنفيذ قرارها أو الحكم بطلانه أو اندامه	٢٤٤

الفصل الثاني

الاجراءات المقررة أمام اللجنة

فقرة	صفحة
٧٣ - رفع الطلب الى اللجنة - بياناته - أثر رفعه	٣٤٥
٧٤ - لا يلزم توقيع أحد المحامين على الطلب وأن كان لا يجوز الخصوم توكيل غير المحامين في الحضور عنهم أمام اللجنة	٣٤٧
٧٥ - جلسات اللجنة علنية - وجوب التحقق من صحة اعلان من يتخلف عن الحضور من الخصوم	٣٤٨
٧٦ - اجراءات الاثبات	٣٤٨
٧٧ - جواز ابداء طلبات عارضة	٣٥٠
٧٨ - انقضاء اللجنة	٣٥٠

الفصل الثالث

قرار اللجنة

صلوره - عدم قابليته للطعن - تنفيذه وحيثيته

٧٩ - صدور القرار - بياناته - لا يصدر باسم الأمة	٣٥١
٨٠ - عدم قابلية القرار الطعن مشروط بكونه غير معلوم	٣٥٣
٨١ - تنفيذ القرار	٣٥٤
٨٢ - شروط وقف تنفيذ قرار اللجنة	٣٥٥
٨٣ - استئناف الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ عملاً بالمادة الخامسة	٣٥٧
٨٤ - جواز الاستشكال في تنفيذ قرار اللجنة من الناحية الموضوعية والوقتية	٣٥٨
٨٥ - متى يعتبر حكم وقف التنفيذ كأن لم يكن	٣٥٨
٨٦ - لا تقيد المحكمة بقرار اللجنة عند اصدار حكمها في الموضوع وان كانت تنقيد في صدد شموله بالنفاذ الممجل	٣٦١

صفحة

- ٨٧ - جواز الاتفاق على التحكيم بصدد المنازعات المشار اليها في القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦٢ ٣٦٢
- ٨٨ - الاختصاص في الاشراف على الخصومة في التحكيم يكون للمحكمة وليس اللجنة ٣٦٢

تذييل

- بشرح الاجراءات المقررة في القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣
- بتعديل أحكام القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالاصلاح الزراعى
- ٨٩ - شروط قبول الدعاوى الناشئة عن الاجحار ٣٦٥

تم ، بحمد الله ، طبع هذه المجلدة
في مطبعة جامعة الاسكندرية في يوم السبت
٢٠ من شوال. سنة ١٣٨٢ ، الموافق
١٦ من مارس سنة ١٩٦٣

شعبان السيد عبد السلام

مدير المطبعة الادارى

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIÉE PAR LA FACULTE DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Dr. ANWAR SULTAN*

11ème ANNÉE, 1961 — 1962

Nos. 1 et 2

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

1963